

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Francisco **ASTUDILLO GÓMEZ**, Caterina **BALASSO TEJERA**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Jorge **CASTRO BERNIERI**, Rafael **CHAVEIRO**, Ignacio **DE LEÓN**, Margarita **ESCUADERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ**, Gustavo **GRAU FORTOUL**, Rosibel **GRISANTI DE MONTERO**, Lolymar **HERNÁNDEZ CAMARGO**, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Miguel J. **MÓNACO**, José Antonio **MUCI BORJAS**, Claudia **NIKKEN**, Ana Cristina **NÚÑEZ**, Luis **ORTIZ ÁLVAREZ**, Cosimina **PELLEGRINO PACERA**, Humberto **ROMERO-MUCI**, Jorge Luis **SUÁREZ**, María Elena **TORO**, José Luis **VILLEGAS MORENO**, Emilio J. **URBINA MENDOZA**, Carlos **URDANETA SANDOVAL**, Daniela **UROSA MAGGI**

#### COMITÉ ASESOR

Germán **ACEDO PAYAREZ**, Asdrúbal **AGUIAR**, José Guillermo **ANDUEZA**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Alfredo **ARISMENDI A.**, Carlos **AYALA CORAO**, Eloisa **AVELLANEDA**, Rafael **BADELL MADRID**, Alberto **BAUMEISTER TOLEDO**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Gustavo **BRICEÑO**, Humberto **BRICEÑO**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Juan **D'STEFANO**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Henrique **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henrique **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PERÉZ LUCIANI**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Gustavo **PLANCHART MANRIQUE**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SANSÓ**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **RUGGERI RODRÍGUEZ**, Magdalena **SALOMÓN DE PADRÓN**, Nelson **SOCORRO**, Gustavo **URDANETA**

#### CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos **CASSAGNE**, Julio R. **COMADIRA**, Alberto R. **DALLA VIA**, Agustín **GORDILLO**, Antonio María **HERNÁNDEZ**, Néstor Pedro **SAGÜES** (Argentina), José Mario **SERRATE PAZ** (Bolivia), Romeo Felipe **BACELLAR FILHO**, Celso Antonio **BANDEIRA DE MELLO**, Marcelo **FIGUEIREDO** (Brasil), Sandra **MORELLI**, Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, Jaime Orlando **SANTOFIMIO**, Consuelo **SARRIA**, Jaime **VIDAL PERDOMO** (Colombia), Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ**, Rolando **PANTOJA BAUZÁ** (Chile), Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO** (Costa Rica), Joffre **CAMPAGNA**, Javier **ROBALINO ORELLANA** (Ecuador), Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, Lorenzo **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ**, Santiago **GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ** (España), Hugo H. **CALDERÓN MORALES**, Jorge Mario **GARCÍA LA GUARDIA** (Guatemala), Héctor M. **CERRATO**, Edmundo **ORELLANA** (Honduras), Miguel **CARBONELL**, Jorge **FERNÁNDEZ RUÍZ**, Eduardo **FERRER MAC-GREGOR**, Diego **VALADES** (México), Carlos Alberto **VÁSQUEZ** (Panamá), Luis Enrique **CHASE PLATE** (Paraguay), Jorge **DANOS ORDONEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE** (Perú), Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H.** (República Dominicana), Mariano **BRITO**, Juan Pablo **CAJARVILLE P.**, Carlos E. **DELPIAZZO** (Uruguay)

#### Revista de Derecho Público

Email: [revistadederechopublico@bblegal.com](mailto:revistadederechopublico@bblegal.com)

**Fundación Editorial Jurídica Venezolana**, Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Caracas, Venezuela. Telf. (58) 212 762-25-53 / 38-42/ Fax. 763-52-39 Apartado N° 17.598 – Caracas, 1015-A, Venezuela.

Email: [fejv@cantv.net](mailto:fejv@cantv.net)

Pág. web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

© 1980, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público  
n° 1 (Enero/marzo 1980)  
Caracas.Venezuela

Publicación Trimestral

Hecho Depósito de Ley  
Depósito Legal: pp 198002DF847  
ISSN: 1317-2719

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana o las de sus directores.

Esta Revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,  
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 21x12.5

Impresión litográfica: Anauco Ediciones  
La edición consta de 500 ejemplares

Portada: Lilly Brewer

*Normas para el envío de originales*

La Revista de Derecho Público aceptará artículos inéditos en el campo del derecho público. Los artículos deberán dirigirse a la dirección de email de sus directores o a la Revista de Derecho Público: [revistadederechopublico@bblegal.com](mailto:revistadederechopublico@bblegal.com)

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

1. Los trabajos se enviarán escritos a espacio y medio, con una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: nombre y apellidos del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista u obra colectiva (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. En su caso, la bibliografía seguirá las normas citadas y deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Todo trabajo sometido deberá ser acompañado de un breve resumen.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (n° fax, teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La adquisición de la Revista de Derecho Público puede hacerse en la sede de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Av. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Apartado 17.598, Caracas, 1015, Venezuela, Teléfono 762-25-53/762-38-42/ Fax: 763-52-39 o por librería virtual en la página web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Las instituciones académicas interesadas en adquirir la Revista de Derecho Público mediante canje de sus propias publicaciones, pueden escribir a la Fundación Editorial Jurídica Venezolana a las direcciones antes indicadas.

La Revista de Derecho Público se encuentra indizada en la base de datos CLASE (bibliografía de revistas de ciencias sociales y humanidades), Dirección General de Bibliotecas, Universidad Nacional Autónoma de México.

revista  
de  
**derecho**  
público

Nº 103

Julio - Septiembre 2005

Director Fundador: Allan R. Brewer-Carías  
Editorial Jurídica Venezolana

---

SUMARIO

---

**ESTUDIOS**

**Artículos**

- El Régimen Jurídico de la Hacienda Pública Estatal*, por Manuel  
**RACHADELL** ..... 7

**Comentarios Monográficos**

- El control de concentraciones económicas en los mercados de  
telecomunicaciones. El caso CANTV/DIGITEL en perspectiva*,  
por Oscar **RODRÍGUEZ PACANINS** ..... 33

**LEGISLACIÓN**

**Información Legislativa**

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efec-  
tos generales dictados durante el tercer trimestre de 2005*, por  
Marianella **VILLEGAS SALAZAR** ..... 45

**Comentarios Legislativos**

- Comentarios a la Ley contra los ilícitos cambiarios*, por José  
Ignacio **HERNÁNDEZ G.** ..... 53

**DOCTRINA**

**Doctrina Administrativa**

- Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protec-  
ción de la libre competencia dictadas durante el segundo y tercer  
trimestre de 2005*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** ..... 71

## **JURISPRUDENCIA**

### **Información Jurisprudencial**

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): tercer trimestre de 2005, por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Marianna VILLEGAS SALAZAR .....</i>	87
--	----

### **Comentario Jurisprudencial**

<i>Curso legal y curso forzoso del bolívar y pago de obligaciones en moneda extranjera (Comentarios al voto salvado del fallo n° 795 de 10-05-2005, dictado por la Sala Constitucional del T.S.J.), por Carlos URDANETA SANDOVAL .....</i>	247
--	-----

## **ÍNDICE**

<i>Alfabético de la jurisprudencia .....</i>	263
--	-----

# ESTUDIOS



## Artículos

### *El Régimen Jurídico de la Hacienda Pública Estatal*

Manuel Rachadell  
*Profesor de Derecho Administrativo  
y de Finanzas Públicas de la U.C.V.*

**Resumen:** *En este artículo se examinan los antecedentes de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Estatal, cuyo proceso de formación no ha concluido, pues el Presidente de la República lo devolvió a la Asamblea Nacional. Asimismo se estudia el contenido del Proyecto, las diferentes posiciones que se adoptado con respecto a sus regulaciones y se formulan críticas y sugerencias con ánimo de contribuir a su aprobación.*

#### SUMARIO

##### INTRODUCCIÓN

##### I. ANTECEDENTES

1. *El régimen de los ingresos estatales durante el proceso de descentralización (1990-1999).*
2. *Las modificaciones que introduce la Constitución de 1999 en la Hacienda de los Estados.*

##### II. LA LEY ORGÁNICA DE LA HACIENDA PÚBLICA ESTADAL

1. *El origen y extensión.*
2. *La regulación del ámbito tributario estatal.*

##### III. OBSERVACIONES SOBRE LA ASIGNACIÓN DE RAMOS TRIBUTARIOS EN LA LOHPE

1. *Los tributos de asignación constitucional.*
2. *Los tributos asignados en la legislación nacional.*
3. *Participación de los Estados en la Recaudación Nacional.*

##### IV. LA DEVOLUCIÓN DEL PROYECTO DE LOHPE

1. *Imprecisión sobre el desarrollo reglamentario de los sistemas de administración.*
2. *Sobre los privilegios y prerrogativas de los entes descentralizados funcionalmente de los Estados.*
3. *Sobre el régimen de los bienes del dominio público estatal.*
4. *Sobre la licitación pública para otorgar concesiones.*
5. *Sobre el concepto de timbre fiscal.*
6. *El régimen del crédito público.*
7. *El procedimiento de las multas.*
8. *Régimen de las inmunidades tributarias.*
9. *El procedimiento de las transferencias de competencias.*
10. *Las menciones a la legislación sobre armonización y coordinación tributaria.*
11. *Los contratos de estabilidad tributaria.*
12. *La reasunción por el Poder Nacional de tributos asignados a los Estados.*
13. *Los ajustes a las tasas contenidas en los bienes, servicios o actividades transferidos.*
14. *Reglas para exigir el ramo de timbre fiscal.*
15. *Objeciones al Impuesto a las Ventas Minoristas.*
16. *Objeciones al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.*
17. *Sobre la contribución especial por mejoras.*
18. *El monto de la participación de los Estados en el ISLR.*

##### V. CONSIDERACIONES FINALES

1. *Las razones del Presidente para devolver el Proyecto sancionado son de tres clases.*
2. *Una última acotación.*

##### INTRODUCCIÓN

El sistema político económico instaurado bajo el imperio de la Constitución de 1961, después de haber alcanzado notables logros en la construcción de una infraestructura física para el país, en la atención a las exigencias sociales en materia de educación y de salud y en

cuanto a la promoción del desarrollo económico, lo cual se manifestó, entre otros aspectos, en la creación de un parque industrial privado para la sustitución de importaciones y en la colocación de una industria pesada (petróleo, minería, hidroelectricidad y acería) bajo el control del Estado, entró en una profunda crisis. La primera manifestación externa de esa crisis la constituyó el hundimiento de nuestro signo monetario, en febrero de 1983, a partir de la jornada que se llamó el *viernes negro*.

Como parte de la reacción frente a la crisis nacional, el Presidente Jaime Lusinchi, que iniciaba su período de gobierno, creó en diciembre de 1984 la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado 'COPRE', para asesorar a los poderes públicos en la tarea de conformar "una sociedad más democrática y un Estado más eficiente". Después de un año de reuniones y de reflexión, los integrantes de la COPRE llegaron a la conclusión que para dinamizar a la democracia y mejorar el rendimiento de los servicios públicos era necesario colmar la gran distancia que se había venido produciendo entre el Estado y la sociedad. Es decir, que era necesario asociar a los ciudadanos en la conducción de los asuntos públicos, porque la tarea de gobernar era demasiado importante para dejarla en manos del Presidente de la República y de los funcionarios designados por él. Para esos fines, era indispensable acometer un proceso de descentralización en el seno del Estado, lo que implicaba, al mismo tiempo, una redistribución del poder. Nuestro país contaba con una estructura constitucional que si bien había sido diseñada de modo centralista en 1961, contenía los elementos que autorizaban un diseño diferente para ser desarrollado cuando el Congreso lo considerara oportuno. En efecto, sin necesidad de modificar el texto constitucional, mediante Leyes de naturaleza particular -porque se exigía una mayoría de las dos terceras partes de los parlamentarios para iniciar la discusión-, el Congreso podía decidir la elección de los Gobernadores de los Estados y la transferencia de competencias del Poder Nacional hacia los Estados y Municipios, para promover la descentralización administrativa.

El desarrollo del proceso de descentralización es historia conocida y no es el objeto de las presentes consideraciones. Debemos, sí, señalar que dicho proceso, con sus altas y sus bajas, sus avances y sus retrocesos, en la década final de la centuria, modificó en una forma nunca antes vista la manera de conducir los asuntos públicos. La elección de los Gobernadores y de los Alcaldes introdujo mecanismos innovadores de participación política y la descentralización de la controversia política obligó a los aspirantes a las magistraturas regionales y locales a atender las aspiraciones de los conglomerados respectivos e impulsó a los gobernantes electos en esos ámbitos a diseñar programas adecuados a las exigencias de los electores. Por otra parte, se observaron maneras novedosas de atender el funcionamiento de los servicios públicos, particularmente en cuanto a la salud y la educación, la cultura y el deporte y, en general, se acentuaron -con orgullo- las manifestaciones de la identidad regional y local.

En las líneas que siguen nos proponemos considerar el régimen jurídico de la Hacienda Pública de los Estados, con especial referencia a la Ley Orgánica sobre la materia, cuyo estudio se mantiene en la Asamblea Nacional. Pero para destacar la significación de estas normas debemos considerar previamente los antecedentes del tema bajo las Constituciones de 1961 y de 1999.

## I. LOS ANTECEDENTES

Hasta el fin del año 1989, cuando se inicia el proceso de descentralización, la hacienda pública de los Estados se caracterizaba por una absoluta dependencia de las asignaciones del Poder Nacional, especialmente a través del Situado constitucional. Este era una partida que se incluía en el Presupuesto nacional formada por el 15% de los ingresos ordinarios previstos para cada año, la cual podía ser disminuida si durante el ejercicio fiscal los ingresos resultaban inferiores a los previstos, mas nunca aumentada en la hipótesis contraria. El monto global de la asignación se distribuía así: 30% por partes iguales entre todas las entidades federales y 70% en proporción a la población de cada una de ellas. En esa época, el Situado representaba para los Estados un promedio del 99% de sus ingresos totales.

No obstante, en cuanto al manejo de sus recursos, los Estados tenían relativa autonomía. De un lado, la Constitución contenía las normas fundamentales para el manejo de la hacienda pública nacional y disponía que “Las disposiciones que rigen para la Hacienda Pública Nacional regirán la administración de la Hacienda Pública de los Estados y los Municipios en cuanto sean aplicables” (art. 233). El régimen presupuestario estatal se regía por las normas promulgadas en el ámbito de cada entidad federal, con la limitación antes expuesta, y en cuanto al acceso al crédito público, no estaba permitido a los Estados ni a los Municipios la contratación de empréstitos externos o en moneda extranjera y el crédito interno estaba sometido a un estricto control por el Poder Nacional, lo que en la práctica se traducía en que no se hacía uso de esta fuente de recursos.

Examinaremos ahora, por una parte, los cambios que se producen en el régimen de la Hacienda estatal con el inicio del proceso de descentralización (1) y, por la otra, las innovaciones que introduce en esta materia la Constitución de 1999 (2).

1. *El régimen de los ingresos estatales durante el proceso de descentralización (1990-1999)*

A principios de diciembre de 1989 se celebraron las primeras elecciones de Gobernadores y de Alcaldes y a fines de ese mismo mes se promulgó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LOD). En esta ley se prevén diferentes procedimientos de transferencias de servicios, de competencias y de recursos, los que en su conjunto incrementan los recursos de los Estados en la siguiente forma:

a) La transferencia de servicios es un mecanismo que se refiere a las competencias concurrentes entre el Poder Nacional y los Estados, que en el proceso de centralización que había vivido el país a partir del último tercio del siglo XIX habían pasado al nivel central. Se regula entonces un procedimiento de devolución de servicios que, en principio, se inicia con una solicitud del Gobernador del Estado ante el Poder Nacional y que culmina con la celebración de un convenio por el cual se transfieren al Estado respectivo el personal y los bienes destinados al establecimiento, plantel u organización, los cuales pasan a ser estatales. Asimismo, el Poder Nacional queda comprometido a transferir anualmente a los Estados, las partidas presupuestarias asignadas al servicio, las cuales se aumentarían en la medida en que se incrementaran los ingresos del Poder Nacional.

El esquema financiero adoptado era rudimentario, y esa transferencia de recursos hacia el futuro, sin límites en el tiempo y sin una vinculación con las necesidades del servicio no podía mantenerse indefinidamente, pero sirvió para dar inicio a la descentralización y se tradujo, al menos teóricamente, en un aumento de los recursos humanos, materiales y financieros cuya administración se colocó bajo la potestad de los Estados. Decimos “teóricamente”, porque el proceso de transferencia de personal nunca se llegó a culminar por la falta de previsión de recursos por el Poder Nacional para cancelar las indemnizaciones laborales del personal, lo cual hasta el día de hoy no se ha resuelto.

b) La transferencia de competencias alude a ámbitos de legislación que estaban asignados al Poder Nacional y que se pasan a los Estados como competencias exclusivas de éstos, sometidas a la condición de que los Estados, mediante leyes de las correspondientes Asambleas Legislativas, asuman dichas competencias. Estas se refieren a materias que son susceptibles de generar ingresos: la organización, recaudación, control y administración del ramo del papel sellado; el régimen, administración y explotación de un conjunto de minerales que se enumeran expresamente y de los cuales se excluyen los metales y las piedras preciosas, pero se incluyen las salinas y los ostrales de perlas y la competencia para organizar, recaudar y controlar los impuestos respectivos; la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en el territorio de los Estados; la organización, recaudación, control y administración de los impuestos específicos al consumo, no reservados por Ley al Poder Nacional y la administración y mantenimiento de puertos y aeropuertos públicos de uso comercial.

c) Partiendo del supuesto de que el Situado constitucional estaba regulado en la Constitución como un porcentaje mínimo del 15% sobre los ingresos ordinarios, se decide incrementar dicha partida en un 1% interanual, a partir de 1990, hasta alcanzar el 20% en el año 1995. En sentido similar se aumenta el Situado municipal, el cual se fijó para el año 2000 en un 20% del ingreso ordinario de los Estados. Igualmente se previó que, en caso de que los ingresos ordinarios nacionales fueran superiores a los presupuestados, se asignaría a las entidades federales la diferencia que resultara en el ejercicio fiscal.

La suma de los conceptos expuestos produjo un aumento muy importante de los recursos manejados por los Estados, a lo que se añadió posteriormente lo siguiente:

En primer lugar, el 25 de noviembre de 1993, el Ejecutivo Nacional, autorizado por el Congreso, dictó el Decreto Ley que regula los mecanismos de participación de los Estados y de los Municipios en el Producto del Impuesto al Valor Agregado y el Fondo de Compensación Interterritorial, en el que se dispuso que se asignaría progresivamente a los Estados un porcentaje de la recaudación del IVA hasta alcanzar el 30% del producido de dicho impuesto, el cual se distribuiría entre los Estados y los Municipios. Ante la reticencia del Ejecutivo Nacional en entregar tan altas sumas, el Congreso modificó dichas normas en el período siguiente, mediante la Ley del FIDES, que redujo la participación estatal y municipal a una suma que oscilaría anualmente entre el 15% y un 20% de la recaudación del IVA, dependiendo de la situación de la hacienda nacional. Esta asignación tuvo el carácter de una compensación para los Estados por haberse creado el IVA como tributo nacional, cuando la Constitución entonces vigente disponía que ese impuesto, al no estar asignado ni al Poder Nacional ni a los Municipios, era estatal.

En segundo lugar, el Congreso sancionó el 27 de noviembre de 1996 la Ley de Asignaciones Económicas Especiales Derivadas de Minas e Hidrocarburos, en la que se desarrolló una previsión que venía desde la Constitución de 1947, conforme a la cual se disponía que las minas, los hidrocarburos y otras riquezas naturales serían administrados por el Poder Nacional, bajo el régimen determinado por éste, y que se establecería un sistema de asignaciones económicas especiales en beneficio de los Estados en cuyo territorio se encuentren situados dichos bienes, “sin perjuicio de que también puedan establecerse asignaciones especiales en beneficio de otros Estados” (art. 136, ordinal 10 de la Constitución de 1961). De acuerdo a esta ley, se destinarían a los Estados un porcentaje creciente de la Renta de Minas y de la Renta de Hidrocarburos (los impuestos previstos en la Ley de Minas y en la Ley de Hidrocarburos), hasta llegar al 30% en el año 2000. El total resultante se distribuye entre los Estados en la proporción determinada en la misma ley. La existencia de esa asignación fue ratificada por la Constitución vigente, conforme a lo que dispone el último aparte del numeral 16 de su artículo 156.

En tercer lugar, el Ejecutivo Nacional comienza a celebrar convenios de coejecución con los Estados para desarrollar proyectos nacionales, generalmente con fondos provenientes de préstamos concedidos por organismos financieros multilaterales (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y Corporación Andina de Fomento). En los años finales de la década de los noventa, los Gobernadores de los Estados recibieron diversas encomiendas para realizar obras y administrar la prestación de servicios, para lo cual los fondos correspondientes se colocaban en fideicomisos a los que se accedía mediante la presentación de valuaciones. De esta manera, se incrementó la capacidad de las Gobernaciones para ejecutar proyectos de desarrollo y se amplió el ámbito de los recursos que se administraban en el nivel regional.

En esta etapa del proceso de descentralización se mantuvo el mismo régimen presupuestario, de crédito público y de control que existía antes del inicio de la descentralización, lo que significa que los Estados mantuvieron la relativa autonomía de tener para manejar los recursos que les estaban asignados.

## 2. *Las modificaciones que introduce la Constitución de 1999 en la Hacienda de los Estados*

Debemos comenzar por señalar que el proceso de descentralización había sido considerado tan exitoso que todos los actores en la campaña electoral de 1998 conformaron sus plataformas con base en el apoyo a la descentralización. De la misma manera, en la campaña electoral para la elección de los representantes a la Asamblea Nacional Constituyente, que tuvo lugar durante el primer semestre de 1999, todos los participantes dieron su respaldo a ese proceso y manifestaron su disposición a profundizarlo. Como consecuencia de ello, en la nueva Carta Fundamental se expresa en forma enfática y reiterada la disposición de conformar un Estado federal que se define como descentralizado. Algunas de las disposiciones a favor del federalismo y de la descentralización son las siguientes:

En el Preámbulo de la Constitución se expresa el propósito de crear “un Estado de justicia, federal y descentralizado” y el artículo 4 se declara que: “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad”. Sobre este artículo, se expresa en la Exposición de Motivos de la Constitución lo siguiente:

En cuanto a la estructura del Estado Venezolano, el diseño constitucional consagra un Estado Federal que se define como descentralizado, para así expresar la voluntad de transformar el anterior Estado centralizado en un verdadero modelo federal con las especificidades que requiere nuestra realidad. En todo caso, el régimen federal venezolano se regirá por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad que son características de un modelo federal cooperativo, en el que las comunidades y autoridades de los distintos niveles político territoriales participan en la formación de las políticas públicas comunes a la Nación, integrándose en una esfera de gobierno compartida para el ejercicio de las competencias en que concurren. De esta manera, la acción de gobierno de los municipios (*sic*), de los estados (*sic*) y del Poder Nacional se armoniza y coordina, para garantizar los fines del Estado venezolano al servicio de la sociedad.

Por otra parte, en el artículo 158 de la misma Ley Fundamental se expresa que “La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales”. Por tal razón, se mantiene, con pocas modificaciones, la facultad de la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, de atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización (art. 157).

Con esos antecedentes, se esperaba que en la nueva Constitución se consagrara una forma descentralizada de organizar el Poder Público, atendiendo para ello a la experiencia derivada de los diez años transcurridos desde el inicio del proceso de descentralización, pero no ocurrió así. En su lugar, la Ley Fundamental de 1999 se limitó, por una parte, a dar rango constitucional a algunos de los avances del proceso de descentralización, y por la otra, a habilitar a la Asamblea Nacional para efectuar en el futuro la tarea de construir un Estado descentralizado. En este último aspecto, la decisión adoptada no difirió de la actitud asumida por el sistema político en otras épocas de nuestra historia: la organización descentralizada es la más conveniente, pero lo haremos más adelante, cuando las condiciones lo permitan. En todo caso, debemos considerar los aspectos principales que se incluyen en el texto fundamental relacionados con la descentralización.

### A. *La constitucionalización con modificaciones, de transferencias efectuadas*

Se incorporan al texto constitucional, como competencias estatales, algunas de las materias que habían sido asignadas a dichas Entidades Federales por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público: el

régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al Poder Nacional, las salinas y los ostrales de perlas; la creación, organización y recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas; la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial (artículo 164, numerales 5, 7 y 10 de la Constitución). Algunas competencias como las consagradas en los numerales 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9 y 11 del mismo artículo eran estatales antes del inicio del proceso de descentralización.

Entre las modificaciones que se introducen en las materias que antes habían sido transferidas por la Ley a los Estados, cabe señalar: se omite toda mención a la creación de impuestos estatales sobre los minerales no metálicos; la transferencia del papel sellado se amplía al timbre fiscal (lo que incluye estampillas fiscales); se somete la competencia exclusiva de los Estados sobre vías de comunicación, puertos y aeropuertos, a que se haga “en coordinación con el Ejecutivo Nacional”.

*B. Se atribuye a los Estados competencias sobre tierras baldías*

Las tierras baldías, es decir, aquellas que no tienen dueño conocido, siempre han pertenecido a los Estados, pero en el proceso de centralización que vivió el país desde fines del siglo XIX pasaron a ser administradas por el Poder Nacional, y el producto de sus operaciones (venta, arrendamiento, concesión) era de la propiedad nacional. En la Constitución de 1999 (art. 164,5) se devuelve a los Estados la Administración de las tierras baldías, pero se pauta en la Disposición Transitoria Undécima que: “Hasta tanto no se dicte la legislación nacional relativa al régimen de las tierras baldías, la administración de las mismas continuará siendo ejercida por el Poder Nacional, conforme a la legislación vigente”. La ley correspondiente, por supuesto, no ha sido dictada.

*C. Se somete la regulación sobre las competencias concurrentes a la Ley de bases nacional*

En el documento llamado *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, que el Presidente de la República sometió a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, se identificaban en 11 numerales las competencias exclusivas de los Estados y en el artículo siguiente se determinaban expresamente las competencias concurrentes de los Estados con el Poder Nacional en la siguiente forma:

La Seguridad Social Integral, la prestación del servicio de educación pública, en sus diversos niveles y modalidades; los servicios de salud, la protección de la familia y del menor, servicios de justicia, en las instancias que determine la ley; el fomento de la vivienda popular, la promoción del turismo, la protección de la cultura, promoción de la agricultura, la ganadería y la agroindustria, con fines de seguridad alimentaria; la promoción de la industria y el comercio; la defensa y educación del consumidor, la defensa civil, la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas nacionales; la cooperación corresponsales (*sic*) en el servicio de vigilancia vial; la protección a las comunidades indígenas, promoción de la ciencia y la tecnología, el fomento del cooperativismo y demás formas de organización de democracia social y participativa; fomento del deporte y la recreación, fomento del pleno empleo, desarrollo de proyectos, planes y programas de capacitación laboral.

La delimitación entre los ámbitos competenciales nacional y estatal -se proponía en el documento que citamos-, debía hacerse mediante convenios entre el Ejecutivo Nacional y los Estados. Pero en el proceso constituyente se suprimió la lista de competencias concurrentes y se dispuso que la regulación de estas materias se haría mediante Leyes de base nacionales y Leyes de desarrollo estatales (art. 165). La adopción de la figura de las leyes de base, tomada del ordenamiento español, se traduce en que las competencias estatales son en definitiva las que determine el Poder Nacional.

Pero además, en cuanto a las competencias exclusivas de los Estados, se introduce en la enumeración de las mismas que su ejercicio se hará “en conformidad con la ley” o “en coordinación con el Ejecutivo Nacional”, lo que de hecho ha transformado las competencias exclusivas en concurrentes y ha sometido a los Estados a una subordinación del Poder Nacional.

*D. Se mantiene la competencia residual de los Estados, excepto en materia tributaria*

Los Estados tienen entre sus competencias “Todo lo que no corresponda, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal” (art. 164,11). Esta asignación de la competencia residual a los Estados está limitada por el principio de que existen materias que son nacionales “por su índole o naturaleza” (art. 156,33). No obstante, en el ámbito tributario, la competencia residual es del Poder Nacional. En efecto, en el artículo 156,12, en el que se enumeran, a título enunciativo, los ramos tributarios del Poder Nacional, se dispone que son nacionales “los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución o por la ley”.

*E. Se limita el poder tributario estatal y municipal*

En la nueva Constitución se autoriza al Poder Nacional para limitar el Poder tributario de los Estados y de los Municipios, incluso el que les atribuye directamente la Ley Fundamental, cuando se dispone que es de la competencia del Poder Nacional “La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias; para definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alcuotas de los tributos estatales y municipales...” (art. 156,13).

*F. Se contempla la existencia de un Fondo de Compensación Interterritorial y de otros fondos en beneficio de los Estados y Municipios*

En el artículo 185 de la nueva Carta se prevé la existencia del Consejo Federal de Gobierno como “órgano encargado de la de la planificación y coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Público a los Estados y Municipios”. De ese órgano “dependerá el Fondo de Compensación Interterritorial, destinado al financiamiento de inversiones públicas para promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y a apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo”.

Esta última figura se inspira en su homónima creada en la Constitución española de 1978 y tiene por finalidad -con fundamento en el principio de solidaridad interterritorial- atenuar los desequilibrios regionales mediante la inversión de los fondos que se aprobarán anualmente por el Consejo Federal de Gobierno.

Además, también se menciona en la Constitución la competencia nacional para “crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial” (art. 156, 13), pero esta norma, como las anteriores, permanecen congeladas por ausencia de la legislación que desarrolle sus principios. En este aspecto debemos señalar que el 30 de junio de 2005 la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, pero que la misma fue devuelta, con observaciones, por el Presidente de la República el 18 de julio siguiente. Es posible que la consideración de las observaciones del Presidente se tome en la Asamblea Nacional un tiempo indefinido, como ha ocurrido con la Ley Orgánica objeto de las presentes consideraciones.

### G. *Los principios que rigen la Hacienda Pública estatal*

En el último aparte del artículo 311 de la Constitución vigente se reitera la norma, ya tradicional entre nosotros, según la cual “Los principios y disposiciones establecidos para la administración económica y financiera nacional, regularán la de los Estados y Municipios en cuanto sean aplicables”. Esta regla permite a los Estados una cierta autonomía para legislar sobre dichas materias, a fin de adecuarlas a la situación particular de cada entidad federal.

## II. LA LEY ORGÁNICA DE LA HACIENDA PÚBLICA ESTADAL

En fecha 11 de marzo de 2004, la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Estatal, pero no fue promulgada porque el Presidente de la República se dirigió al Presidente de la Asamblea Nacional el 15 de abril de 2004 para solicitarle al Cuerpo que levantara la sanción al proyecto y que discutiera las observaciones que se formularon en el escrito de la solicitud. Antes de referirnos a las modificaciones sugeridas por el Ejecutivo Nacional formularemos algunas consideraciones sobre el origen y ámbito de aplicación de la Ley en discusión, sobre las regulaciones que contiene y sobre los ramos de ingresos que asigna a los Estados.

### 1. *El origen y extensión*

#### A. *El origen*

Iniciado el proceso constituyente de 1999, en el documento del Presidente de la República “*Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*”, se proponía incluir entre las competencias exclusivas de los Estados “La organización, recaudación, control y administración de los tributos correspondientes a: cigarrillos, licores, gasolina, impuestos específicos al consumo, así como de aquellos no reservados por la Constitución al Poder Nacional ni a los Municipios”. Esta norma sugerida por el Presidente fue incorporada sin modificaciones en el proyecto de Constitución que se discutió en la Asamblea Nacional Constituyente. En la sesión del 15-09-99, el constituyente Allan R. Brewer-Carías dirigió una comunicación sobre la descentralización del impuesto al cigarrillo al Presidente y a los miembros de la Comisión sobre Forma de Estado y Federalismo, de la Comisión sobre el Poder Nacional y de la Comisión Económica y Social de la Asamblea Nacional Constituyente, en la cual expuso, entre otros, los siguientes conceptos:

Dado que este impuesto al consumo actualmente se causa al producirse la especie y es exigible al retirarse del establecimiento, su provento descentralizado, en realidad, sólo beneficiaría a los Estados Aragua y Miranda, asiento de las dos principales empresas que manufacturan cigarrillos en Venezuela, así como Guárico y los pocos Estados donde se producen puros [...].

En todos los años de existencia de los impuestos al tabaco o al cigarrillo, su control, recaudación y administración han sido siempre reservados al Poder Nacional. Este sistema aparentemente ha sido eficiente, al garantizarse la recaudación de los tributos al consumo en la fuente de expedición. Una vez que esta especie fiscal entre en los canales de distribución hasta alcanzar al consumidor final, se inicia su dispersión, reduciendo la viabilidad de la fiscalización efectiva, con lo cual, en consecuencia, se podría afectar la recaudación (...)

Por todo lo anterior, estimo que esta Comisión debe reflexionar concienzudamente sobre este tema, con la debida asesoría del SENIAT, a los efectos de poder elaborar una propuesta que esté acorde con las características de este impuesto a la producción, mientras esté regulado como tal, estimo que no sería conveniente su descentralización.

Pienso, además, que consideraciones similares pueden hacerse respecto a los otros impuestos específicos al consumo, como los licores y los fósforos, que también se recaudan a nivel de los productores” (v. Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente. Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo II, Fundación de Derecho Público, E.J.V., Caracas, 1999, p. 235 y ss).

Aunque la exposición de Brewer era correcta desde el punto de vista técnico, se hubiera podido mantener la transferencia en la Constitución, pero no destinada a la Entidad Federal en donde se generaba el ingreso sino al Fondo de Compensación Interterritorial, para ser distribuida entre los Estados de menor desarrollo relativo. El Constituyente acogió los planteamientos de Brewer, retiró a los Estados la asignación proyectada de los impuestos al consumo, en su lugar incluyó algunos ramos de ingresos que ya tenían los Estados por la Ley de Transferencia (excepto los impuestos sobre minerales no metálicos) y dispuso que los Estados tendrían los ramos tributarios que se les transfiriera en el futuro.

En la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente del 13-11-99, el constituyente Segundo Meléndez planteó que “en el debate del artículo anterior, el 182, donde se incluía la competencia de los estados sobre algunos tributos, especialmente el de la gasolina, se propuso que se regresaran al Poder Central. Esto, indudablemente, es contrario -y nadie lo puede negar- a lo que habíamos venido sosteniendo, el problema es que las realidades nos condujeron a un análisis que nos permitió llegar a esa conclusión. Sin embargo, como estamos convencidos de la necesidad de la hacienda estatal, prevemos en esta proposición que estamos haciendo, la creación de la hacienda pública estatal...y se remite a una ley, la oportunidad, el momento y los rubros para desarrollarla...propongo que en las Disposiciones Transitorias, incluyamos una norma mediante la cual establezcamos el plazo, en el cual esa ley que transfiriera recursos a los estados deber ser creada para que no quedemos de manera indefinida en esta situación”.

En la versión final de la nueva Constitución se reiteró el principio general sobre las transferencias de competencias, que estaba consagrado en el artículo 137 de la Constitución de 1961 (ahora correspondiente al artículo 157), y en la materia tributaria se previó expresamente la posibilidad de transferencias en el artículo 167, relativo a los ingresos de los Estados, en cuyo numeral 5 se dispone que corresponde a éstos: “Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que se les asignen por ley nacional, con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales”. Además, se dictó la Disposición Transitoria Cuarta, en la que se dispuso que “Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará: (...) 5. Una ley que desarrolle la hacienda pública estatal estableciendo, con apego a los principios y normas de esta Constitución, los tributos que la compongan, los mecanismos de su aplicación y las disposiciones que la regulen”.

Como puede verse, la Ley a que nos referimos lo que hace es dar cumplimiento, con retardo, a la previsión del numeral 6 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 167,5, *eiusdem*.

#### B. *La extensión*

En este aspecto nos referiremos a las diversas posiciones que han surgido sobre la extensión de la regulación prevista en la Disposición Transitoria antes aludida y a la evolución que ha tenido el Proyecto de Ley Orgánica de la Hacienda Pública Estatal en la Asamblea Nacional.

En fecha 22-3-2001 se le dio entrada en la Asamblea Nacional a un Proyecto de Ley Orgánica de la Hacienda Pública Estatal redactado por la Oficina de Asesoría Económica y Financiera del Parlamento, y presentado por los diputados Willian Lara, Alejandro Armas, Ernesto Alvarenga y Simón Escalona, al cual se le asignó el número de Expediente 065. El aludido Proyecto fue aprobado en primera discusión por el plenario de la Asamblea el 27 del mismo mes y año (v., [www.asambleanacional.gov.ve](http://www.asambleanacional.gov.ve)).

El 29-03-2001 se dio entrada en la Asamblea Nacional a un Proyecto de Ley con la misma denominación a la anterior, presentado por los diputados Edis Ríos, Rodrigo Cabeza, Ángel Emiro Vera, Héctor Vargas, Elías Matta, Carlos Tablante y Charles Medina, al cual se le asignó el número de Expediente 068. En esta segunda oportunidad se acordó nombrar una

Comisión Mixta para el estudio del mencionado Proyecto, el cual se unificó con el Proyecto antes referido bajo el número de Expediente 065. Examinada la materia por la Comisión Mixta y por dos subcomisiones nombradas al efecto, la Asamblea Nacional decidió remitir el Proyecto a la Comisión Permanente de Finanzas, “en virtud del gran interés que existe por crear una propuesta que fortalezca la descentralización y goce del más amplio consenso posible entre los interesados”.

La Comisión Permanente de Finanzas, previo un amplio proceso de consultas a los Gobernadores, Consejos Legislativos, Universidades Nacionales y a diversos órganos del Poder Público, y vistas las opiniones de variadas organizaciones de la sociedad civil, de algunas organizaciones con fines políticos, de diferentes consultores nacionales y extranjeros y las conclusiones de foros realizados sobre el tema, presentó en fecha 3 de marzo de 2003 el Informe Preliminar para la segunda discusión. En ese Informe se proponen sustanciales modificaciones al proyecto aprobado en primera discusión, tanto de forma como de fondo, hasta el punto de que el Proyecto inicial, de 234 artículos, quedó reducido primero a 116 y luego a 87 artículos.

La razón de la disminución del número de artículos, y por tanto de la extensión del Proyecto, radica en lo siguiente: en el Proyecto aprobado en primera discusión se incluía una amplia regulación sobre el funcionamiento de la hacienda estatal, pues se dictaban normas sobre aspectos tan diversos como: la administración financiera de los Estados, el régimen jurídico de los bienes estatales, el régimen de los ingresos de los Estados, el pasivo de la hacienda pública estatal, los entes descentralizados funcionalmente de los Estados, el sistema de planificación estatal, el sistema presupuestario de los Estados, el sistema de Tesorería, el sistema de contabilidad pública, el sistema tributario estatal, el sistema de control interno, las relaciones fiscales intergubernamentales, el Situado constitucional, las asignaciones económicas especiales, el Fondo de Compensación Interterritorial, entre otros aspectos, además de las normas específicas sobre las transferencias tributarias y sobre las participaciones de los Estados en la recaudación de algunos impuestos nacionales. En la Exposición de Motivos del Proyecto a que nos referimos se declaraba que: “Sancionar una ley que desarrolle la hacienda pública estatal como lo ordena la Disposición Transitoria Cuarta, necesariamente implica referirse a la regulación de los bienes, ingresos y obligaciones de los Estados, así como a todo lo relativo a su administración, conservación y disposición”. De este modo, los proyectistas entendieron que se trataba de dictar una Ley para los Estados con una amplitud similar a la que tuvo en su época la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y que ahora incluiría a una regulación equivalente a la contenida, con relación al Poder Nacional, en la Constitución de la República, en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (con sus sistemas de: presupuesto, crédito público, Tesorería, Contabilidad Pública, Control Interno), en la Ley Orgánica sobre bienes del Estado, a ser dictada según lo anuncia el artículo 3 de la Ley Orgánica antes citada, en el Código Orgánico Tributario, en la Ley Orgánica de Planificación, entre otros conjuntos normativos.

Este criterio no fue compartido por la Comisión Permanente de Finanzas, la que en su Informe Preliminar para la segunda Discusión asentó lo siguiente:

Se propone modificar el artículo 1 del Proyecto de Ley Orgánica de Hacienda Pública Estatal aprobado en primera discusión. El encabezamiento de este Artículo, en el cual se establece el objetivo de la Ley, debe ser reformulado. En la concepción de Proyecto aprobado en primera discusión se percibe una apreciación expansiva sobre el contenido y alcance de la habilitación otorgada a la Asamblea Nacional en el precepto contenido en el numeral 6 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución. Para la definición del espacio de desarrollo normativo del cual dispone la Asamblea Nacional en esta materia concreta, hay que tomar en cuenta que el principio constitucional es el de la autonomía de los Estados, y ese principio, que hace relación con las bases mismas del ordenamiento constitucional, y las normas sustantivas en las cuales se expresa, prevalecen sobre una Disposición Transitoria, cuya lectura no admite, además, la interpretación exhaustiva que subyace en la con-

cepción del proyecto. En todo caso, esa habilitación específica no puede tener un efecto derogatorio con respecto a los fundamentos principistas sobre los cuales se construye la ordenación constitucional de las autonomías, por lo cual no puede ser sino de interpretación restrictiva, por plausible que sean las normas que se desea imponer a las autonomías subnacionales. En consecuencia, se recomienda modificar el articulado para retener el sentido y, en lo posible, el texto de la Disposición Transitoria constitucional.

Con fundamento en este criterio se preparó para la segunda discusión un proyecto reducido, y en cada una de las decisiones sobre supresión de normas se advertía en el Informe Preliminar de la Comisión Permanente de Finanzas que el artículo correspondiente se refiere a una “materia (que) debe ser normada en la Constitución estatal y en la legislación propia de la entidad”. A la nueva formulación del proyecto se refirió la Asociación Venezolana de Derecho Tributario en la siguiente forma:

En términos generales, el nuevo proyecto no sólo es una versión reducida del aprobado en Primera Discusión, en cuanto a número de artículos, sino también una versión más elemental y superficial en el tratamiento de temas de alta complejidad, lo que se traduce en una amenaza para la consecución de los importantes cometidos por esa ley perseguidos. De los originales 234 Artículos, el Proyecto pasó a tener 86 artículos. Esta reducción se debe, principalmente, a la eliminación de todas las normas sobre los sistemas de Administración Financiera de la Hacienda Pública Estatal, las relaciones fiscales intergubernamentales y el Distrito Metropolitano de Caracas, entre otros (Comunicación dirigida al Secretario de la Asamblea Nacional el 1-12-03).

En esa oportunidad manifestamos nuestro acuerdo con la orientación seguida por la Comisión Permanente de Finanzas, por considerar que de esta manera se dejaba a los Estados la posibilidad de dictar Leyes sobre las materias suprimidas para adaptarlas a las particularidades de la Entidad Federal, pero sin apartarse de los principios consagrados en la Constitución, lo que era más coherente con el principio del Estado federal descentralizado que se consagra en la Ley Fundamental. Pero además, estimamos que “el criterio adoptado es mejor que el propuesto por razones de carácter práctico. Lo conveniente es establecer una norma general en las leyes que regulan la administración económica y financiera nacional, en el sentido de que esos principios regirán para los Estados y Municipios en cuanto sean aplicables, en lugar de dictar leyes nacionales sobre esas materias destinadas a los Estados y Municipios, porque en este caso se estaría consagrando una triple regulación, la que rige para la República, la de los Estados y la de los Municipios. Si se legislara para cada nivel del Poder Público, cuando se produjeran modificaciones en la regulación aplicable al ámbito nacional sería necesario reformar las otras dos leyes, para mantener la uniformidad, de lo contrario cada conjunto normativo consagraría orientaciones diferentes” (Comunicación dirigida a la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica, el 30-1-04).

En definitiva, el proyecto fue sancionado conforme al criterio de dejar un margen para la legislación estatal, pero de todos modos se incluyeron algunas normas que no eran necesarias, como las referidas a los bienes de los Estados y el pasivo de la hacienda estatal. Estos aspectos han podido ser regulados por los mismos Estados, acatando los principios consagrados en la Constitución y las orientaciones generales de las Leyes nacionales. Así por ejemplo, en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público se dispone que “El Ejecutivo Nacional, dentro del año siguiente a la publicación de esta Ley, presentará a la Asamblea Nacional un proyecto de ley que organice el sistema de administración de bienes del Estado, de manera que integre a los sistemas básicos de administración financiera regulados en esta Ley, bajo los mismos criterios de centralización normativa y desconcentración operativa” (art. 191). Ese proyecto de Ley aún no ha sido discutido, pero cuando se sancione por la Asamblea Nacional, los principios contenidos en dicha Ley regirán para los Estados y los Municipios en cuanto sean aplicables. En tal virtud, como en la LOHPE se habrían dictado normas nacionales sobre los bienes de los Estados, cuando se dicte la Ley especial sobre la materia será necesario reformar aquella para adaptarla a las nuevas orientaciones.

## 2. *La regulación del ámbito tributario estatal*

En este aspecto formularemos unas observaciones de carácter general y unos señalamientos sobre algunas normas particulares.

### A. *Apreciación de conjunto*

Cuando se iniciaron las discusiones que condujeron al proceso de descentralización en Venezuela, se consideró que los Estados debían asumir la recaudación de algunos tributos, puesto que debía devolverse a las entidades federales determinadas competencias que habían tenido en épocas pasadas. En cambio, no se consideró que el proceso de descentralización tuviera entre sus objetivos el incremento de la presión tributaria sobre las personas, mediante la creación de nuevos tributos. En tal sentido, en el documento titulado *Lineamientos Generales para una Política de Descentralización Territorial en Venezuela*, que la COPRE presentó al Presidente de la República en julio de 1987 se expresaba que “en el seno de la Comisión se consideró que las proposiciones de descentralización buscan una redistribución de las competencias en el interior del sector público antes que un incremento de las tareas estatales, por lo cual es lógico que se produzca una redistribución paralela de los recursos en lugar de aumentar la carga fiscal sobre la población” (p. 17). En el mismo sentido, el Presidente de la República había expresado en el documento que consignó ante la Asamblea Nacional Constituyente, al inicio de las sesiones de ésta, su propósito de transferir a los Estados tributos nacionales en lugar de auspiciar la creación de nuevos impuestos.

Pues bien, en el Proyecto sancionado pero no promulgado que examinamos se retira a los Estados la promesa de transferirles tributos nacionales y se pretende compensarles con la asignación de ramos tributarios que antes no existían, tal como lo examinaremos seguidamente.

En *primer lugar*, en el Proyecto no se contempla la asignación a los Estados de tributos correspondientes a cigarrillos, licores, gasolina, y cualquier otro impuesto específico al consumo. Con respecto a la gasolina, en lugar de la transferencia del tributo que se preveía en el Proyecto aprobado en primera discusión, se contempla en el Informe para la segunda discusión la cesión a los Estados del 25 % de la recaudación por impuesto al consumo de gasolina y diesel, que sigue siendo nacional.

En *segundo lugar*, en la versión sancionada del Proyecto se retira a los Estados la cesión total del rendimiento del impuesto sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, que se había hecho en el Proyecto aprobado en primera discusión.

En *tercer lugar*, se asigna a los Estados, por disposición del Legislador, unos tributos que éstos ya tenían, así:

De un lado las contribuciones especiales por mejoras. En la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social se contempla que el tributo es exigible por la Administración a la que corresponda la construcción de la obra, sea nacional, estatal o municipal (artículos 10, 15 y 16), por lo cual en este ámbito no se está haciendo una transferencia ni una asignación. La importancia de los artículos sobre este tributo consignados en el Proyecto sancionado reside, por una parte, en que se amplían los hechos imponibles, pues se incluye la prestación de servicios como elemento que da lugar a la exigencia de la contribución, y por la otra, en que se modifica la base imponible, pues se le transforma de un tributo de cuota en un tributo de repartición, en concordancia con un proyecto de Ley de Contribución por Mejoras que reposa en los archivos del órgano legislativo nacional desde hace varias décadas. En todo caso, establecido que la contribución por mejoras corresponde al ente público que ejecuta la obra, resulta evidente la pertinencia de la observación de la AVDT cuando expresa que “No nos parece acertado prever una ‘participación municipal’ en la contribución por mejora que financie el Estado. Este es un tributo típicamente ‘finalista’ que se justifica porque va destinado directamente a financiar una obra. Si el Municipio no cofinancia esa obra, entonces no se entiende por qué debe participar en la contribución.

De otro lado, se asigna a los Estados los impuestos a la exploración y explotación de minerales no metálicos no reservados por la Constitución al Poder Nacional, salinas y ostras de perlas, los cuales ya habían sido transferidos a los Estados por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (art. 11, ordinal 2º). Esta ley mantiene su vigencia en todo lo que no contradiga a la Constitución, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la Ley Fundamental, y además, tiene una fundamentación clara en la Constitución que nos rige, pues en su artículo 157 reproduce el contenido del artículo 137 de la Constitución anterior, sobre transferencia de competencias. En cuanto a la enumeración de los minerales no metálicos no reservados al Poder Nacional se excluyó el yeso, no sabemos si por razones técnicas o por inadvertencia, y coincidimos con la AVDT en que no debería dejarse por fuera el fósforo “que es un mineral no metálico sobre el cual ya no existe reserva a favor del Poder Nacional, como ocurría bajo la Constitución de 1961”.

### III. OBSERVACIONES SOBRE LA ASIGNACIÓN DE RAMOS TRIBUTARIOS EN LA LOHPE

En el Proyecto sancionado se distingue entre los Tributos Estadales de Asignación Constitucional, los Tributos Asignados en la Legislación Nacional y las Participación de los Estados en Tributos Nacionales. Nos referiremos a cada de estos aspectos separadamente.

#### 1. *Los tributos de asignación constitucional*

En este rubro se incluyen las tasas y la renta de timbre fiscal. En la regulación sobre las tasas estadales se define a los peajes como tasas y se incluye una disposición sobre los parámetros que deben ser tenidos en cuenta para la fijación del monto del peaje. Para la AVDT, “en el régimen de las tasas debe incluirse los peajes por el uso de los puentes” y “el peaje califica a nuestro modo de ver como un tributo”. Al parecer, las observaciones de la AVDT se refieren a una versión anterior del Proyecto, por cuanto ambas sugerencias están acogidas en la versión que consideramos. No obstante, no compartimos el segundo de los criterios expuestos por las siguientes razones:

Una tasa es un tributo, y como tal se encuentra sometido al principio de legalidad tributaria regulado en el artículo 317 de la Constitución, en concordancia con el artículo 3 del Código Orgánico Tributario. En tal virtud, los elementos del tributo (hecho imponible, base imponible, sujetos y alícuota), deben estar regulados en la Ley, en este caso la Ley estatal, por ser los peajes de la competencia exclusiva de los Estados (art. 164, numerales 9 y 10, de la Constitución). No obstante, y a diferencia de lo que ocurre en algunos otros países, en Venezuela los peajes se han organizado como precios o contraprestaciones, desde la Ley de Utilización de Obras Públicas, del 19 de enero de 1954, en la cual se prevé que la fijación de los peajes se hará por decisión administrativa y no por Ley. Cuando los Estados asumen el aprovechamiento y mantenimiento de la vialidad terrestre, a partir de 1990, también se regulan los peajes como precios, es más, generalmente se asigna su cobro a concesionarios. Si los peajes fueran tributos, no podrían ser dados en concesión, sino que se trataría de una relación jurídica tributaria, en la que sólo el ente estatal podría actuar como sujeto activo. Pero sobre todo, si los peajes fueran tributos, no podría cobrarse ninguno de los existentes, pues no han sido creados por Leyes. Por lo tanto, al entrar en vigencia la Ley a que nos referimos, todos los peajes dejarían de tener fundamento legal y su cobro no sólo sería ilegal e inconstitucional, sino además delictuoso, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley contra la Corrupción, se sanciona penalmente a “El funcionario público que arbitrariamente exija o cobre algún impuesto o tasa indebidos...”.

Por otra parte, en el Proyecto que dio origen al Decreto 1.535, del 8 de noviembre de 2001, que contiene la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, se había previsto calificar a los peajes como tasas, pero advertido el Ejecutivo Nacional de las consecuencias de tal decisión,

optó por referirse a “las tarifas de los peajes”, como puede observarse en dicha Ley. En el Decreto Ley a que nos referimos se establece la participación del Ministerio de Infraestructura en la fijación de los peajes, de forma tal que la decisión final corresponde a dicho Ministerio. Esta regulación es incompatible con la definición de los peajes estatales como tasas, porque la Administración Nacional no puede modificar disposiciones de una Ley estatal.

Adicionalmente, la AVDT se refiere a que el Decreto con rango y fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre “resulta una extralimitación al invadir una competencia propia de los Estados”, en cuanto al procedimiento para establecer las tarifas de los peajes, y en este aspecto coincidimos. Pero este asunto no es materia de la LHOPE sino que deberá ser resuelto mediante una modificación de aquella Ley, o a través de la declaratoria de su nulidad que haga la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Por ello consideramos que deben suprimirse del Proyecto sancionado los artículos 31 (que califica a los peajes como tasas) y 32 (que establece los parámetros para la fijación del monto del peaje), en este segundo caso porque se trata de una materia que está regulada en la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, aunque se haya hecho en forma centralista, en infracción al ordenamiento constitucional.

Sobre la Renta de Timbre Fiscal es oportuno que la Asamblea Nacional establezca una regulación para despejar dudas que se han presentado sobre este tributo, y que la Sala Constitucional ha tratado de aclarar en sus sentencias, no siempre en forma acertada. Ha quedado establecido por la Sala Constitucional que a los Estados corresponde el cobro del timbre fiscal no solamente por los servicios que preste, sino también por los servicios de carácter nacional, así como sobre los impuestos (como el de salida o sobre determinadas operaciones bancarias y societarias) previstos en la Ley de Timbre Fiscal. Estos criterios deberían ser acogidos en el Proyecto que examinamos y en tal sentido la AVDT formula (pp. 8 a 10) sugerencias que consideramos procedentes. Por otra parte, estimamos errada la posición de la Sala Constitucional con respecto a las facultades que atribuye al Distrito Metropolitano de Caracas sobre la recaudación del Timbre Fiscal en territorio del Estado Miranda, pero el análisis de ese aspecto desbordaría el marco de las presentes consideraciones.

## *2. Los tributos asignados en la legislación nacional*

Entre éstos nos referiremos, en primer lugar, al impuesto a las ventas minoristas. En el número Octogésimo Noveno del Informe de la Comisión Permanente de Finanzas se expresa que “Se propone eliminar el artículo 76 del Proyecto de Ley Orgánica de Hacienda Pública Estatal aprobado en primera discusión, dada la sustitución de la figura de la participación en el IVA, por un impuesto a las Ventas Minoristas”. De todos modos, se mantiene vigente la Ley del FIDES, en la cual se determina una participación para los Estados y Municipios en la recaudación del IVA, a través del FIDES, por lo cual subsiste esta participación, que había sido modificada en el Proyecto aprobado en primera discusión, con el fin de asignar un porcentaje a los Estados y Municipios directamente y otra a través del Fondo de Compensación Interterritorial.

En todo caso, consideramos sumamente inconveniente la previsión sobre un Impuesto a las Ventas Minoristas que estaría a cargo de los Estados, por las siguientes razones: no conocemos de ningún país donde estén vigentes, al mismo tiempo, un IVA y un impuesto a las ventas minoristas. En los Estados Unidos existe un impuesto de este último tenor que corresponde a los Estados, popularmente llamado “tax”, pero no hay un IVA nacional. En algunos Estados se han creado impuestos a las ventas con elementos de valor agregado, pero en ningún caso coexisten ambos tributos. En el Proyecto parece que la idea es de que se disminuya la alícuota del IVA en un 1% interanual, durante 5 años, mientras se aumenta en la misma medida la alícuota del impuesto a las ventas minoristas, aunque esta última disposición no está expresada. En todo caso, en cuanto al IVA, ¿a partir de que punto se procede a la reducción de la alícuota, si la Ley prevé una banda que oscila entre el 8 y el 20% anual? ¿Significa que se disminuiría toda la banda en un 1% interanual, lo que haría que al cabo de 5

años ésta se fijaría entre el 3 y el 15%? ¿O significa que la rebaja se haría a partir del 16% actual, lo que implica que la alícuota del IVA tendría un tope máximo del 11%? La fijación de la alícuota que corresponde hacer a la Asamblea Nacional en la Ley de Presupuesto sería diferente según el criterio que se adopte. Si se disminuye la banda, la Asamblea podría fijarla en un 15% lo que se traduciría en que se habría rebajado un 1% de la alícuota del IVA en relación con la actualmente vigente, mientras que la alícuota del tributo estatal podría fijarse en un 5% de los ingresos por venta minorista. Ello significa que se habría aumentado la presión tributaria en un porcentaje cercano al 5%.

Pero lo más grave es lo siguiente: la coexistencia de dos tributos que tienen un hecho imponible similar para ser recaudados uno por el Ejecutivo Nacional y otro por cada una de las administraciones estatales ocasionaría un aumento importante de la burocracia con lo que el incremento de la presión fiscal no se utilizaría para mejorar la cantidad y la calidad de los servicios, sino para el pago de sueldos y demás gastos corrientes en el ámbito estatal. El aumento de la presión fiscal se hace más evidente si se considera que por el hecho de la venta de productos se exige también los impuestos municipales sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, es decir, la tradicionalmente llamada patente de industria y comercio. Todo ello produciría perjuicios en la industria, el comercio y en el nivel de vida de los consumidores.

Antes dijimos que la Ley del FIDES que determina una participación para los Estados y los Municipios en la recaudación del IVA no se ha modificado, por lo que tal participación se mantiene. Si la idea es suprimir esa participación en una reforma de la Ley del IVA o en la Ley del Fondo de Compensación interterritorial, dado que en el Informe de la Comisión Permanente de Finanzas se expresa que el Impuesto a las Ventas Minoristas sustituiría la participación en el IVA, no sólo se estaría perjudicando a los Estados, sino también a los Municipios, los cuales reciben un porcentaje de aquella participación.

En segundo lugar, se contempla en el proyecto sancionado un impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, innovación ésta que suscita diversas observaciones. En el Documento de la AVDT se alude a “la idea inicial de la Oficina de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional al elaborar su propuesta de proyecto de Ley a efectos de su segunda discusión, de limitar el Timbre Fiscal a los servicios prestados por los Estados y comprender dentro del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a ciertos impuestos tradicionalmente contenidos en la Ley de Timbre Fiscal Nacional como el 1 X 100 (*rectius: 1 x 1000*) por la emisión de pagarés y letras de cambio, así como de órdenes de pago por servicios profesionales no mercantiles prestados al sector público”. Lo cierto es que en la forma como quedó redactado el proyecto, y dadas las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se estaría consagrando una doble tributación al hacer que por unos mismos hechos imposables los Estados reciban un doble tributo (por Timbres Fiscales y por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), en perjuicio de las actividades de los particulares.

Pero la situación se complica aún más: de acuerdo a las normas introducidas en el Proyecto, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados tiene unos hechos imposables que serían los mismos que se pechan con impuestos y tasas de registro. Debe tenerse presente que conforme al artículo 156, numeral 14, de la Constitución es de la competencia del Poder Público Nacional “La creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y *sobre transacciones inmobiliarias*, cuya recaudación y control corresponda a los Municipios, de conformidad con esta Constitución”. De allí que los impuestos sobre transacciones inmobiliarias, que actualmente se exigen en los registros (sin base legal, porque la legislación correspondiente no prevé tales tributos), deben ser creadas por el Poder Nacional para ser recaudados por los Municipios y, sin embargo, en el Proyecto que examinamos se prevé una transferencia a los Estados. Al parecer se busca enfrentar esta

situación confusa con un aparte incluido en el artículo 42 del Proyecto, según el cual “El impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, cuando se refiera a transacciones inmobiliarias, será recaudado y controlado por el respectivo municipio dentro de la jurisdicción estatal del sujeto activo del tributo, conforme a los convenios que se suscriba entre ellos”. ¿Entre quiénes? De esta redacción parece desprenderse que los impuestos sobre transacciones inmobiliarias se transfieren a los Estados, pero éstos a su vez, mediante convenios con los Municipios, quedan autorizados a asignarlos a estos últimos, lo cual es diferente a lo previsto en la Constitución, según la cual el Poder Nacional crea este tributo mediante una ley nacional, y los municipios lo recaudan.

En todo caso, de la regulación que examinamos resulta que sobre unos mismos hechos imponible, la constitución y transmisión de derechos reales inmobiliarios, se estaría configurando una triple tributación: nacional, estatal y municipal, lo que se traduciría en incremento de la presión fiscal, proliferación de la burocracia y posibilidades de conflictos interterritoriales.

Como apreciación de conjunto sobre los tributos asignados a que nos referimos podemos señalar que se le ha hecho a los Estados un flaco servicio al autorizarlos a legislar para crear unos impuestos que crearían conflictos de todo tipo, y que lo más probable es que, en definitiva, no se lleguen a establecer.

### 3. *Participación de los Estados en la Recaudación Nacional*

En el Proyecto sancionado pero no promulgado se contempla el derecho de los Estados a participar en la recaudación del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre combustibles derivados de hidrocarburos, en la forma que expondremos seguidamente.

Con relación al primer rubro se dispone en el Proyecto que se asignará a los Estados un monto total equivalente a un mínimo del veinticinco por ciento (25%) del producto de la recaudación nacional por concepto del impuesto sobre la renta sobre las personas naturales y que “La participación correspondiente a cada estado se determina mediante la aplicación del porcentaje del producto fiscal efectivamente generado en esa jurisdicción estatal por el concepto indicado en el artículo anterior, al monto neto total de la recaudación nacional por ese mismo concepto” (art. 75).

Sobre la participación en la recaudación del impuesto sobre combustibles derivados de hidrocarburos se dispone la transferencia a los Estados de un monto equivalente al veinticinco por ciento (25%) del producto de la recaudación nacional y que “La participación correspondiente a cada estado se determina mediante la aplicación del porcentaje del producto fiscal efectivamente generado en esa jurisdicción estatal por el concepto indicado en el artículo anterior, al monto total de la recaudación nacional por ese mismo concepto, deducidos los cargos que correspondan a la entidad por concepto de subsidios al consumo de derivados de hidrocarburos” (art. 77).

Aunque en la parte final de la norma trascrita se consagra la posibilidad de que por subsidios otorgados por el Poder Nacional al consumo de combustibles derivados de hidrocarburos se disminuya el monto de la cuota estatal, estas transferencias constituyen la parte esencial del Proyecto, por su significación económica y por las posibilidades que abren de promover una efectiva descentralización, tal como se prevé en la Constitución. A diferencia de otras disposiciones del Proyecto, que asignan a los Estados rubros de ingresos que ya tenían o que serían muy difíciles de instrumentar en la práctica y que crearían todo género de conflictos, las regulaciones sobre participación de los Estados en la recaudación de tributos nacionales, consagradas en los Títulos IV y V del Proyecto, tienen un contenido medular. Es más, sostengo la tesis que la no promulgación oportuna del Proyecto sancionado obedeció al propósito de evitar o retardar las transferencias a los Estados de sumas de dinero tan importantes como las allí previstas, que se sumarían a las consagradas en la Ley de FIDES y en la Ley de Asignaciones Económicas Especiales Derivadas de Hidrocarburos.

#### IV. LA DEVOLUCIÓN DEL PROYECTO DE LOHPE

La Constitución que nos rige contempla en su artículo 214 que “El Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido. Dentro de ese lapso podrá, en acuerdo con el Consejo de Ministros, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o parte de ella”. En uso de esa atribución, el Presidente pidió a la Asamblea Nacional, el 10 de abril de 2004, que levantara la sanción a la LOHPE y expuso las razones que sustentaron tal solicitud.

Las razones del Presidente, expuestas en un documento de 55 páginas, se refieren a un conjunto de aspectos que incluyen observaciones de fondo, de forma y de técnica legislativa. Nos referiremos a las más importantes de las observaciones de fondo.

##### 1. *Imprecisión sobre el desarrollo reglamentario de los sistemas de administración*

Señala el Presidente que la LOHPE “no debe establecer principios sino desarrollar los principios constitucionales sobre las materias hacendística y tributaria”. Para evitar “elementos que pudieran distorsionar la visión sistémica de la administración financiera del sector público”, prevista en el artículo 3 de la LOAFSP, se sugiere que se consagre en el Proyecto en revisión una remisión a esta Ley.

##### 2. *Sobre los privilegios y prerrogativas de los entes descentralizados funcionalmente de los Estados*

Se recomienda la supresión del aparte único del artículo 4 del Proyecto en revisión, por el cual se niega a dichos entes descentralizados -salvo disposición expresa de la Ley- los privilegios y prerrogativas acordados a los Estados, para evitar una colisión con la Ley Orgánica de la Administración Pública, que dispone en su artículo 97 que los institutos autónomos gozarán de los aludidos privilegios y prerrogativas.

##### 3. *Sobre el régimen de los bienes del dominio público estatal*

La LOHPE incluye entre los bienes del dominio público estatal a los espacios acuáticos y establece la posibilidad de desafectar bienes del dominio público. A este respecto se expresa, por una parte, que dado que el artículo 304 de la Constitución dispone que todas las aguas son bienes del dominio público de la Nación, es decir, de la República, “los ríos, lagos y lagunas como bienes del dominio público de la Nación, en virtud de constituir espacios acuáticos regulados en una ley especial, no pueden ser declarados por otra ley como bienes del dominio público de los Estados, como tampoco ser sometidos a procedimientos de desafectación, sin colidir con la norma constitucional y la ley especial sobre la materia, motivo por el cual se sugiere adoptar como correctivo la supresión de tal categoría de bienes”. Además, se recomienda desarrollar el procedimiento para la afectación de bienes al dominio público estatal.

##### 4. *Sobre la licitación pública para otorgar concesiones*

Se observa que no se debe “sujetar indiscriminadamente el otorgamiento de cualquier concesión al procedimiento de selección del contratista mediante licitación pública”, debido a que “la futura legislación estatal no podrá desarrollar opciones de selección de concesionarios más flexibles, como en el caso de las cooperativas u otras formas asociativas de participación en lo social y económico, previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

##### 5. *Sobre el concepto de timbre fiscal*

Se señala que la expresión especies fiscales incluye el “timbre fiscal y el papel sellado”, por lo que si se menciona a la primera no debe aludirse a las otras, tal como se hace en el numeral 3 del artículo 167 de la Constitución.

#### 6. *El régimen del crédito público*

Además de que la Constitución prohíbe a los Estados y a los entes creados por ellos la realización de operaciones de crédito público externo o en moneda extranjera, la LOAFSP prohíbe también la realización de tales operaciones a los entes descentralizados que no tengan el carácter de sociedades mercantiles. Pero en el proyecto en discusión se abre la puerta para que los entes descentralizados de los Estados, en general, puedan acceder al crédito público, lo cual debe ser corregido. Para evitar tales situaciones y, además, desviaciones en el procedimiento, señala el Presidente que “la recomendación más apropiada es la de remitir íntegramente el objeto de la norma in comento a las previsiones de la ley nacional indicada y su reglamento”.

#### 7. *El procedimiento de las multas*

Las multas estatales, según la LOHPE, “serán impuestas en virtud de resolución motivada que dicte el funcionario autorizado para imponerla, previo levantamiento de acta donde se hará constar en forma especificada todos los hechos relacionados con la infracción, la cual deberá firmar el funcionario actuante y el contraventor”. Para garantizar el derecho a la defensa se sugiere que se agregue “previa audiencia del interesado”.

#### 8. *Régimen de las inmunidades tributarias*

En la LOHPE se consagran principios que deben regir en las relaciones fiscales intergubernamentales. El Presidente considera que en el Proyecto sancionado “existe un vacío en no regularse las relaciones de orden tributario entre las personas jurídicas estatales creadas por la República o por los Municipios, y los estados en ejercicio de la potestad tributaria”. Ello tendría como consecuencia en la práctica que tales personas “serán sujetos pasivos de la administración (*sic*) tributaria estatal”.

#### 9. *El procedimiento de las transferencias de competencias*

En la LOHPE se regula la necesaria provisión de recursos que debe hacerse a los Estados cuando se les transfieran competencias, y se menciona a estos fines la existencia de un “acuerdo de transferencia y en su defecto, el acto administrativo por el cual se efectúa la transferencia”, actos éstos que podrán ser objeto de recursos administrativos y jurisdiccionales por los interesados. El Presidente advierte que “el eventual acuerdo es un acto administrativo bilateral (¿?) por lo que la alusión al acto administrativo resulta innecesaria y equívoca ya que pretende diferenciarlos no existiendo distinción entre ellos”. Por tal razón sugiere que se suprima la mención a los medios para hacer la transferencia y que se diga que “El incumplimiento de la condición prevista en este artículo, acarrea la nulidad del acuerdo de transferencia.”

#### 10. *Las menciones a la legislación sobre armonización y coordinación tributaria*

Tres menciones se hacen a este respecto: en primer lugar, cuando se enumeran las fuentes del régimen tributario estatal se incluye -después de la Constitución y la presente Ley Orgánica, los tratados o convenios internacionales y la legislación nacional relativa a la asignación de tributos específicos- “la Constitución y la legislación del Estado que desarrolle la legislación nacional en la materia, sin menoscabo de la legislación sobre armonización y coordinación tributaria prevista en la Constitución de la República”. El Presidente recomienda que la legislación sobre armonización y coordinación de las potestades tributarias que se prevé en el numeral 13 del artículo 156 de la Constitución, debe establecerse como una fuente independiente y superior a la Constitución y legislación estatales, por lo que se debe colocar inmediatamente debajo de los tratados internacionales.

En segundo lugar, se contempla que la Administración Nacional y las administraciones estatales armonizarán sus políticas fiscales y coordinarán sus actuaciones en ese ámbito, a cuyo fin suscribirán un acuerdo federal de armonización de políticas, en el marco del Consejo Federal de Gobierno. El Presidente expresa que, dado que “Tal norma podría limitar a la

futura legislación en materia de armonización y coordinación de potestades tributarias” y puesto que la Ley del Consejo Federal de Gobierno no ha sido dictada “se sugiere la supresión del artículo 80”.

En tercer lugar, y por un razonamiento similar, se recomienda suprimir la norma que prevé que “Los Estados podrán celebrar convenios entre sí y con las demás entidades político-territoriales, con el fin de lograr la armonización tributaria, evitar la doble o múltiple imposición y propiciar la coordinación tributaria”.

#### 11. *Los contratos de estabilidad tributaria*

En la LOHPE se autoriza a los Estados para que celebren contratos de estabilidad tributaria con los contribuyentes o categorías de contribuyentes, “con el propósito de asegurar a la inversión continuidad en el régimen relativo a sus tributos constitucionales y asignados, sin perjuicio de la potestad constitucional que corresponde al Poder Nacional con respecto a la competencia tributaria de los Estados”. Estos contratos son los mismos que se mencionan en el numeral 4 del artículo 2 del Código Orgánico Tributario entre las fuentes del derecho tributario. Entre las modificaciones a esta norma que sugiere el Presidente está la de incluir como fin de los contratos “evitar el perjuicio de la potestad constitucional que le corresponde al Poder Público Nacional, en relación a la competencia tributaria de los Estados”.

#### 12. *La reasunción por el Poder Nacional de tributos asignados a los Estados*

En la LOHPE se prevé, por una parte, que el Poder Público Nacional podrá “reasumir, mediante ley, tributos asignados a los Estados o modalidades de participación en tributos nacionales contemplados en esta Ley”, y por la otra, que tal reasunción está sometida a la condición de que sólo podrá realizarse “cuando se produzca la asignación de nuevas fuentes de financiamiento a dichas entidades, y siempre que quede garantizada la compensación efectiva a los Estados en sus ingresos, de manera que no se menoscabe la capacidad de la entidad para atender adecuadamente los servicios de su competencia, sin interrupciones y en condiciones por lo menos iguales”.

Sobre esta materia, el Presidente considera que “la norma anterior constituye una fuerte limitación al ejercicio de la facultad acordada al Poder Público Nacional, en particular en todo lo referente a la toma de decisiones referidas a la reasunción de ingresos tributarios que han sido delegados, comportando tácitamente la necesidad de coordinar y acordar con dichos entes políticos territoriales, el ejercicio de sus competencias”. Por ello, el Presidente sugiere revisar el contenido del artículo 28, pero no presenta una redacción alternativa al artículo.

#### 13. *Los ajustes a las tasas contenidas en los bienes, servicios o actividades transferidos*

Cuando la República transfiera a los Estados bienes, servicios o actividades acompañadas de tasas, se prevé en la LOHPE que “las mismas se consideran tributos de delegación amplia a favor de los respectivos Estados, susceptibles de ser ajustadas según su situación específica, dentro de los principios y parámetros que se dispongan en esta Ley”. El Presidente observa que “la norma no es clara con respecto a cuál Poder Público (Nacional o Estatal) corresponderá realizar los ajustes” y que en ella se debería “regular los mecanismos de control que debe disponer la República, tales como, rendición de cuentas, presentación de informes periódicos, etc., en razón de la transferencia que se realice”. Por ello, recomienda la reformulación del artículo “en virtud del principio de seguridad jurídica”.

#### 14. *Reglas para exigir el ramo de timbre fiscal*

Se contempla en la LOHPE que, además del timbre fiscal que exijan los Estados por los servicios que presten, las Entidades Federales pueden exigir el timbre fiscal por servicios prestados por la República y se establecen en consecuencia reglas a estos efectos, particularmente en cuanto a la competencia tributaria que corresponde a los Estados según el ámbito territorial de la oficina nacional que presta el servicio (numeral 2 del artículo 34).

El Presidente considera que, a pesar de que esta disposición guarda armonía con lo decidido por la Sala Constitucional en sentencia del 30-04-03, la norma referida “permite colegir que se suprimirán de hecho, los servicios autónomos prestadores de servicios de competencia nacional (policía administrativa), al preverse que el producto de los timbres fiscales a través de los cuales se cobran tasas por dichos servicios, deben enterarse en la administración estatal. Tal norma dejaría sin ingresos a los Servicios Autónomos Nacionales, en abierta contradicción con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Administración Pública en sus artículos 92 y 94, numeral 2.” Y agrega que “en todo caso, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo de Justicia, será requisito indispensable para la aplicación de la norma (artículo 34), la aprobación de la Ley Nacional que transfiera a los estados la prestación del servicio correspondiente”. Conforme a este criterio, los Estados no pueden exigir el timbre fiscal por servicios que presta el Poder Nacional, a menos que se les transfieran tales servicios, con lo cual dejarían de ser nacionales. En esta forma, se pretende dejar sin efecto lo dispuesto en la sentencia indicada.

#### 15. *Objeciones al Impuesto a las Ventas Minoristas*

Con relación a este tributo expresa el Presidente que “se observa la creación de un auténtico impuesto al consumo y, en consecuencia, la normativa debe ser revisada a la luz del impuesto al valor agregado, de manera de distinguir claramente los elementos constitutivos del impuesto para evitar los problemas de su aplicación, vista la presión tributaria adicional que el mismo representa sobre los consumidores (compradores y usuarios finales), no obstante, la previsión contenida en el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Estatal, sobre disminución de las alícuotas del Impuesto al Valor Agregado”. Esta objeción es de tal magnitud que representa una oposición radical del gobierno al establecimiento de este tributo.

#### 16. *Objeciones al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*

El Presidente formula observaciones sobre diversos hechos imponibles de este impuesto. En primer lugar, que con este impuesto “se suprimiría este ramo de algunos ingresos tributarios nacionales, como por ejemplo, el impuesto a los activos empresariales (que ya no existe, acotamos); la concesión administrativa en materia de telecomunicaciones e hidrocarburos, etc”. En segundo lugar, que “se crea un impuesto cuyo sujeto pasivo de la obligación tributaria recae sobre sectores socialmente sensibles de la colectividad”, y a este respecto expresa, de un lado, que el impuesto “recaería en forma absoluta sobre todos los préstamos que se constituyen dentro de los cuales figurarían aquellos otorgados por entes públicos nacionales, para la adquisición de vivienda principal o los micro préstamos, entre otros programas de financiamiento de desarrollo que forman parte de las políticas sociales y económicas del Estado”. Del otro, expresa que el tributo gravaría a los pensionistas, entre ellos los beneficiarios del Seguro Social.

En cuanto a la base imponible del impuesto, expresa el Presidente que “Vista la variedad de los actos gravados, resulta difícil precisar el valor de mercado de una pensión o de un arrendamiento”. Por ello, recomienda “especificar en un aparte de la norma la base imponible aplicable a tales supuestos”.

#### 17. *Sobre la contribución especial por mejoras*

A este respecto se hacen dos observaciones. En primer lugar, se dispone en la LOHPE que, a los fines de la determinación de la cuota correspondiente a cada contribuyente, la tasación de los inmuebles que se presume van a ser afectados en su valor económico como consecuencia de la obra o servicio financiados estatalmente, corresponderá a cada Estado. El Presidente observa que “tal atribución (la tasación) no corresponde al Estado sino al Poder Municipal, vistas las disposiciones contenidas en la Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional”, en la cual se dispone que “El Municipio constituye la unidad orgánica catastral y ejecutará sus competencias de conformidad con las políticas y planes nacionales.” (art. 4°). En consecuencia, “corresponderá a los Municipios suministrar a los Estados la información pertinente para determinar la base imponible”.

En segundo lugar, en cuanto a la devolución de los pagos anticipados que hicieran personas que no tuvieran la condición de sujetos pasivos o que excedieran de la cuota individual que les corresponde, el Presidente observa que “la contribución especial está vinculada al factor construcción de obra pública o prestación de servicio público, y en consecuencia, no debe solapar otra categoría tributaria, como por ejemplo, un impuesto. Por otra parte, el proceso de reintegro de tributos pagados, en caso que no ocurra el hecho imponible (construcción de obra pública o prestación de servicio público), situación que ocurre con mucha frecuencia, resulta engorroso y complejo para la administración tributaria. Por tal motivo, se recomienda la supresión de la norma in comento”.

#### 18. *El monto de la participación de los Estados en el ISLR*

En la LOHPE se prevé una participación para los Estados de un “mínimo” del 25 % de la recaudación nacional del impuesto sobre la renta de las personas naturales. El Presidente observa que pareciera que puede existir “un máximo”, por lo cual “recomienda revisar el artículo 75 analizado a fin de reformular su contenido en función de la intención del legislador o, en todo caso, suprimir la palabra ‘mínimo’.”

### V. CONSIDERACIONES FINALES

En Venezuela existe una fuerte inclinación de la sociedad hacia las formas federales y descentralizadas de organizar el Estado, tal como se ha visto desde que se sancionó la Constitución de 1811. Por ello, el sistema político no ha vacilado en aprobar normas que van en esa orientación, aunque generalmente existe un pensamiento oculto (*arrière pensée*, dicen los franceses) a favor del centralismo. El mayor o menor otorgamiento de recursos, o mejor, de fuentes de ingresos, a los Estados es el termómetro que mide la realidad de las intenciones en esta materia. Salvo los procesos descentralizadores que se lograron entre 1989 y 1998, por las transferencias de recursos, de servicios y de competencias, nunca antes ni después ha habido una disposición sincera de instrumentar un régimen descentralizado o un federalismo verdadero.

Con anterioridad a 1999 jamás se había hecho una Constitución que tuviera tantas y tan reiteradas declaraciones a favor de la descentralización, pero el proceso de centralización del poder y de la administración que se ha visto desde la sanción de la última Ley Fundamental del siglo XX sólo es comparable con la evolución que se vivió bajo Guzmán Blanco o Juan Vicente Gómez. Frente a este panorama, el proceso de formación de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Estadal es determinante para juzgar las intenciones del régimen actual. Hasta ahora se han despertado grandes expectativas, pero las realizaciones son nulas. La falta de consagración de nuevas transferencias de recursos en la Constitución, el retardo en la presentación a la Asamblea Nacional del Proyecto de Ley Orgánica sobre la hacienda estadal, que subsanara la anterior omisión, la duración del proceso de discusión y consultas hasta llegar a la sanción del Proyecto y el tiempo que ha transcurrido desde el momento en que el Presidente de la República devolvió el Proyecto sancionado, con sus objeciones y sugerencias, al órgano legislativo nacional, sin que exista una fecha aproximada para tener un instrumento que sea puesto en vigor, son indicadores de una reticencia inocultable con respecto a la descentralización que proclama la Constitución. Por otra parte, la creación de Fondos de Desarrollo extrapresupuestarios, a los cuales se asignan directamente recursos obtenidos por Petróleos de Venezuela, en lugar de declarar dichos ingresos como beneficios susceptibles de ser pechados con el impuesto sobre la renta -lo que generaría Situado Constitucional en beneficio de los Estados y los Municipios-, se ha convertido en una manera de hurtar a los entes subnacionales recursos cuantiosos, todo ello en infracción a los principios que consagran el Estado federal descentralizado y en contradicción al principio constitucional de que “No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la ley de presupuesto” (art. 314). Este aspecto será objeto de análisis en otra oportunidad.

En el tema que nos ocupa directamente consideramos que no hay justificación alguna para que la Asamblea Nacional se haya tomado hasta ahora más de un año para debatir sobre las razones del Presidente de la República. Podría discutirse si la Asamblea Nacional carece de capacidad para procesar temas complejos o si sus directivos actúan en función de una estrategia para retardar la decisión final sobre la descentralización. También es cierto que en las observaciones del Presidente no se proponen a veces normas alternativas, sino que se pide el reestudio del asunto, lo que obliga a la Asamblea a tratar de descifrar la voluntad del Ejecutivo. En todo caso, los acontecimientos han llegado a un punto en que el país espera una respuesta de la Asamblea Nacional y, desde el punto de vista técnico, la adopción de criterios frente a las objeciones del Ejecutivo no es difícil.

1. *Las razones del Presidente para devolver el Proyecto sancionado son de tres clases:*
  - a. Observaciones de forma y de técnica legislativa, que pueden ser aprobadas sin reflexión profunda.
  - b. Algunas objeciones que, aunque son de fondo, se refieren más bien a aspectos técnicos, de conveniencia general, que deben ser acogidas porque mejoran o no dañan sustancialmente el Proyecto, como son:
    1. La remisión de la regulación sobre la materia financiera estatal, incluyendo el régimen del crédito público, a la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en cuanto sea aplicable. El principio en este ámbito está sentado en el último aparte del artículo 311 de la Constitución, por lo que una disposición en este sentido lo que haría sería reiterar tal principio, con lo que se simplificaría el proyecto en revisión.
    2. Los privilegios y prerrogativas de los entes descentralizados ya están determinados en la Ley Orgánica de la Administración Pública, por lo que no habría que introducir regulaciones diferentes con relación a tales entes en el ámbito estatal. Es conveniente la consagración de la inmunidad de la República, de los Municipios y de los entes que ellos creen frente al poder tributario de los Estados, y de hecho tal inmunidad ya existe.
    3. Por disposición constitucional, todas las aguas son bienes del dominio público de la Nación (de la República), por lo que una Ley no podría cambiar este régimen jurídico. También es oportuno que se establezca en la LOH-PE un procedimiento para la afectación de bienes al dominio público, sin que tampoco ello sea indispensable, porque la afectación se produce con la destinación del bien al dominio público.
    4. El mecanismo de la licitación para seleccionar contratistas con los entes públicos está venido a menos, pero en la fórmula propuesta por el Presidente, a pesar de que se muestra preferencia por otros mecanismos, no se prohíbe el uso de este procedimiento.
    5. La precisión sobre el concepto de timbre fiscal es correcta.
    6. Nadie puede estar en desacuerdo con que se garantice el derecho a la defensa en el procedimiento de imposición de multas estatales.
    7. Es adecuado que las Leyes sobre armonización y coordinación tributaria figuren en un rango superior entre las fuentes del régimen tributario estatal.

8. Es conveniente la mención expresa a los contratos de estabilidad tributaria, ya previstos en el Código Orgánico Tributario, siempre que se mantenga la finalidad que les corresponde.
  9. Es claro que los reajustes a las tasas (debería decir: tasas o contraprestaciones, porque puede haber de ambas categorías) sobre bienes, servicios o actividades transferidos a los Estados deben ser fijados por éstos.
  10. Los impuestos a las Ventas Minoristas y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados deben ser suprimidos del Proyecto, como lo hemos señalado en diversas oportunidades.
  11. La tasación de los inmuebles a los fines de la contribución por mejoras, y todo lo que tenga que ver con el catastro, debe permanecer bajo la competencia municipal.  

En lo relacionado con reintegros por contribuciones especiales, como ocurre con los pagos anticipados que hagan personas que finalmente no son sujetos activos del tributo, o que pagaron en exceso con respecto a la cuota que les correspondía, debe aplicarse las disposiciones del Código Orgánico Tributario sobre repetición de pago.
  12. Se puede complacer al Ejecutivo Nacional en el establecimiento de un máximo en la parte del impuesto sobre la renta de las personas naturales que se asigna a los Estados. En todo caso, el Ejecutivo Nacional siempre transferirá el mínimo. Por eso, también se puede establecer un porcentaje fijo, en lugar de establecer una banda.
- C. Existen otros aspectos en los que sí debe haber una reflexión seria, e incluso una negociación con el Poder Nacional, como son los siguientes:
1. El Presidente sugiere que se supriman las menciones a los acuerdos sobre armonización y coordinación tributaria que se harían en el marco del Consejo Federal de Gobierno, porque ello limitaría la futura legislación sobre esa materia. La discusión a este respecto en la Asamblea Nacional puede contribuir a dejar sentado que cuando se habla de “armonización y coordinación” no se está aludiendo a imposición y jerarquía, por lo cual la figura del acuerdo -que ya fue aceptada por el Ejecutivo en el procedimiento de transferencias- es la más adecuada para llegar a objetivos que requieren de consenso. Ello no impide que lo acordado se promulgue después unilateralmente por el Poder Nacional, mediante la emisión de lo que en España se llama “normas consensuadas”.
  2. La reasunción por el Poder Nacional de tributos asignados a los Estados es una figura que ya está aceptada en el Proyecto sancionado en la Asamblea Nacional. Lo que recomienda el Presidente es que se suprima la condición de que el Poder Nacional no puede reasumir ramos de ingresos transferidos a los Estados sin que se compense a éstos con la asignación de otros ramos de financiamiento, para que no se interrumpa ni menoscabe la prestación de los servicios públicos estatales. Con motivo de la discusión sobre este aspecto puede replantearse la cuestión de si la reasunción de competencias no lesiona el texto de la Constitución. En efecto, la Carta Fundamental prevé la transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados para promover la descentralización (Art. 157), pero no la operación contraria. Luego, no existe base constitucional para la reasunción de competencias, como no sea la enmienda o reforma de la Constitución. Pero, en este supuesto, se estaría demostrando que no es cierto lo que afirma la Ley Fun-

damental de que “La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales” (art. 158).

Por otra parte, no se expresa en el Proyecto las circunstancias que harían procedente la reasunción de competencias. Si se observa en un Estado ineficiencia en la prestación de servicios o en la recaudación o administración de los ingresos, la reasunción sería entonces con relación a los servicios prestados por esa Entidad, pues no se puede sancionar a los otros Estados por la falla de uno de ellos. Esta circunstancia ¿no contribuiría a profundizar los desequilibrios interterritoriales, que la Carta Magna pretende suprimir? Es evidente que si en un Estado se observan las ineficiencias anotadas lo procedente es introducir los correctivos del caso, incluso prestarle la ayuda necesaria, no retirarles ámbitos competenciales que lo condenarían a una situación de minoridad con respecto a otras Entidades Federales.

3. Con relación a las reglas para exigir el ramo del timbre fiscal, se observa en el Poder Nacional, e incluso en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, una falta de conocimiento sobre la naturaleza y las características de este ramo de ingresos. El papel sellado era un medio de recaudar tributos (tasas) que pertenecía a los Estados hasta la Constitución de 1945, cuando se nacionaliza la justicia. Desde aquella época, ese ramo de ingresos pasó a ser exclusivamente nacional, hasta que en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, de 1989, se asigna a los Estados como competencia exclusiva, en una decisión que tenía por finalidad la devolución de competencias. En la Constitución de 1999 se amplía la transferencia, al extenderse a todo el timbre fiscal, que se exigía única y exclusivamente con ocasión de los servicios nacionales, de conformidad con la Ley de Timbre Fiscal, de modo que carece de sentido determinar que el timbre fiscal se establezca solamente sobre servicios estatales, pues los Estados pueden, a su elección, exigir el pago de tributos estatales sea mediante la emisión de timbres fiscales o bien mediante otras formas de pago. Con relación al financiamiento de los servicios autónomos sin personalidad jurídica que existen en el ámbito nacional, no es cierto que éstos queden privados de ingresos al transferirse a los Estados los ingresos que se recaban por timbre fiscal derivados de los servicios que prestan. En realidad, los ingresos por timbre fiscal de los servicios nacionales, sean autónomos o no, nunca han ingresado a esos servicios, sino directamente al Tesoro Nacional. La diferencia es que ahora, por la Constitución -y así lo ha ratificado el Tribunal Supremo de Justicia- esos mismos ingresos deben ser recaudados por los Estados. En consecuencia, la norma de la LOH-PE a que nos referimos debe mantenerse con la redacción actual.

## 2. *Una última acotación*

La descentralización es un proceso que se cumple por etapas o por aproximaciones sucesivas. No puede pretenderse que con la promulgación de una Ley se establezca el esquema final y definitivo de distribución de competencias. También los Estados deben demostrar que un bolívar (o un millardo) de los dineros públicos rinde más para el beneficio social en manos de los Estados o los Municipios que bajo la administración del Poder Nacional. En mi criterio, en la etapa actual, bastaría que en la Ley que examinamos se atribuyera a los Estados la participación en la recaudación nacional del impuesto sobre la renta sobre las personas naturales y del impuesto sobre combustibles derivados de hidrocarburos y que se consagrara una norma que dijera que la administración financiera de los Estados se regirá por las leyes

nacionales, en cuanto sean aplicables. De esta forma, con tres artículos podría cumplirse la norma constitucional sobre la hacienda pública estatal, sin necesidad de prever el establecimiento de nuevos impuestos que, además de incrementar la presión tributaria y la burocracia, crearían tal género de conflictos en los Estados que los crearan, que se desprestigiaría el proceso de descentralización.

En una etapa futura, que esperamos no sea muy lejana, podría darse cumplimiento a la promesa del Presidente de la República de transferir a los Estados “La organización, recaudación, control y administración de los tributos correspondientes a: cigarrillos, licores, gasolina, impuestos específicos al consumo, así como de aquellos no reservados por la Constitución al Poder Nacional ni a los Municipios”, y también el impuesto sobre sucesiones y donaciones que se había incluido a favor de los Estados en la primera discusión de la LOHPE.



## Comentarios Monográficos

### EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN LOS MERCADOS DE TELECOMUNICACIONES. EL CASO CANTV/DIGITEL EN PERSPECTIVA

Oscar Rodríguez Pacanins\*  
Abogado

*Resumen: Este artículo comenta la reciente decisión de CONATEL y PROCOMPETENCIA en el caso de la proyectada adquisición de DIGITEL por parte de CANTV, resaltando sus más significativos aportes en cuanto a la aplicación del artículo 195 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su importante legado en pro del desarrollo de un mercado de telecomunicaciones verdaderamente competitivo en Venezuela.*

La decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones “CONATEL” y la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia “PROCOMPETENCIA” a propósito de la proyectada adquisición de Corporación DIGITEL, C.A. “DIGITEL” por parte de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela “CANTV”,<sup>1</sup> posiblemente sean el acontecimiento jurídico más importante que se ha producido en el sector de las telecomunicaciones desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones “LOTEL” y la liberalización total de la industria a finales del año 2000. No lo decimos sólo por la envergadura del caso (no todos los días se toman en Venezuela decisiones de 450 millones de dólares).<sup>2</sup> Es que se trata de la medida de protección de la libre competencia más categórica y frontal que haya conocido el sector de las telecomunicaciones en Venezuela hasta la fecha. Normalmente, la actividad de CONATEL en pro del desarrollo de un mercado competitivo se lleva a cabo a través de medidas de promoción e incentivo adoptadas por vía de la regulación. Por su parte, el concurso de PROCOMPETENCIA en relación con el sector había sido hasta la fecha un tanto marginal, limitándose a la investigación de algunas prácticas anticompetitivas aisladas. En el caso *CANTV/DIGITEL*, CONATEL y PROCOMPETENCIA dan un paso mucho más allá, un paso sin precedentes y quizás inesperado. El caso sin duda ameritaba una respuesta concertada, técnica e integral por parte de los reguladores. Se trataba, nada más y nada menos, de defender el incipientemente competitivo sector de las telecomunicaciones venezolano de un ataque mortal que amenazaba con frustrar definitivamente los objetivos de la apertura.

No exageramos. Los efectos anticompetitivos de la proyectada adquisición de DIGITEL por parte de CANTV no se habrían limitado al mercado de telefonía celular o móvil. La operación amenazaba también la estabilidad de muchos operadores entrantes tras la apertura

---

\* Abogado especialista en derecho de la competencia y regulación económica sectorial. Socio principal de Bufete Rodríguez Machado. Actuó como parte interesada en el procedimiento administrativo que siguieran la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia con ocasión de la proyectada adquisición de DIGITEL por parte de CANTV, oponiéndose a la aprobación de la operación por considerarla contraria a la libre competencia y a los derechos e intereses de consumidores y usuarios.

<sup>1</sup>. CONATEL, Resolución PADS n° 585 de fecha 5 de mayo de 2005; PROCOMPETENCIA, Opinión n° 001087 de fecha 3 de mayo de 2005, disponible en <http://www.procompetencia.gov.ve/Opinion%20Publica%20Cantv-Digitel.htm>.

<sup>2</sup>. Tal era el precio de la proyectada adquisición.

en los mercados de telefonía básica (fija y de larga distancia nacional e internacional), además de profundizar las distorsiones ya existentes en los mercados mayoristas de acceso, i.e. transporte e interconexión.<sup>3</sup>

La respuesta de CONATEL y PROCOMPETENCIA envía una señal muy clara al sector. En primer lugar, al presentar una “radiografía” detallada de los principales mercados de telecomunicaciones del país, da cuenta de los logros de la apertura pero también reconoce que ésta apenas empieza a dar frutos. En segundo lugar, muestra a un Ente Regulador preparado y con la capacidad técnica suficiente para afrontar el reto de potenciar el desarrollo de un mercado realmente competitivo. Por último, anuncia la profundización del proceso de apertura y el paso a una nueva etapa en la que el derecho de la competencia podría tener un rol determinante, en combinación con la regulación específica sectorial.

#### I. RESUMEN FÁCTICO: ANTECEDENTES Y BREVE RESEÑA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO APLICADO Y SUS PRINCIPALES ACTUACIONES

La operación de concentración económica sometida por CANTV y DIGITEL a la aprobación de CONATEL consistía en una adquisición de acciones. CANTV y TIM International N.V. “TIM”, único accionista de DIGITEL, habían suscrito un contrato de promesa de compraventa<sup>4</sup> por el cual TIM se comprometía a vender y CANTV a comprar, la totalidad de las acciones que integran el capital social de DIGITEL, previo cumplimiento de una serie de condiciones. Una de estas condiciones era la autorización de CONATEL. Tal y como fuera planteado por las propias partes de la operación en sus respectivos escritos de solicitud,<sup>5</sup> el pronunciamiento de CONATEL era necesario, no sólo en virtud de la Cláusula 18 del contrato de concesión suscrito entre CONATEL y DIGITEL, sino también por mandato del artículo 195 de la LOTEL.

En fecha 27 de enero de 2004, CONATEL ordenó la apertura de un procedimiento administrativo ordinario de conformidad con el artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Esta decisión también ordenó el emplazamiento de cualquier interesado en el procedimiento. En atención al cartel publicado en Últimas Noticias,<sup>6</sup> se apersonaron y fueron admitidos como partes la Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (ANAUCO), Oscar Rodríguez Pacanins y TELCEL, C.A. (MOVISTAR).<sup>7</sup>

La instrucción del procedimiento se llevó a cabo durante los meses de marzo y abril de 2005, con la participación activa de PROCOMPETENCIA, la cual había sido oficiada por CONATEL para rendir opinión en el caso,<sup>8</sup> de conformidad con los artículos 195 y 48 de la LOTEL. En este sentido, CONATEL y PROCOMPETENCIA inspeccionaron la sede de CANTV, DIGITEL y Telecomunicaciones MOVILNET, C.A. (“MOVILNET”),<sup>9</sup> y tomaron declaraciones a altos ejecutivos de CANTV y DIGITEL.<sup>10</sup> Por su parte, PROCOMPETENCIA envió cuestionarios a CONATEL y a las empresas CANTV, DIGITEL, MOVILNET, TIM, VERIZON Communications,<sup>11</sup> INFONET Redes y Servicios C.A.,<sup>12</sup> DIGICEL C.A.<sup>13</sup> y

<sup>3</sup>. En nuestra opinión, y así lo planteamos en nuestro escrito de oposición, los mercados afectados por la operación eran muchos más que los analizados por CONATEL y PROCOMPETENCIA. Por ejemplo, nuestro análisis abarcaba también los mercados de acceso a Internet, cuya dependencia de la conectividad internacional y de las redes de acceso de última milla (y muchas veces también del transporte de larga distancia nacional), los asimila a la telefonía de larga distancia internacional.

<sup>4</sup>. 21-11-2004.

<sup>5</sup>. 1-12-2004.

<sup>6</sup>. 31-1-2005.

<sup>7</sup>. 4-3-2005.

<sup>8</sup>. 24-2-2005.

<sup>9</sup>. 11-3-2005.

<sup>10</sup>. 18-3-2005 y 21-3-2005.

<sup>11</sup>. Titular del 28,51% de las acciones de CANTV.

MOVISTAR. Posteriormente, en atención a algunos pedimentos probatorios y para cerrar la fase sustanciación, CONATEL solicitó a CANTV y DIGITEL<sup>14</sup> la consignación de una serie de documentos y recaudos adicionales, los cuales fueron presentados el 20-4-2005.<sup>15</sup>

El 4 de mayo de 2005 PROCOMPETENCIA emitió su opinión señalando que no era favorable a la aprobación de la operación de concentración; al día siguiente, CONATEL resolvió definitivamente no aprobar la adquisición.

## II. EL MARCO JURÍDICO QUE RIGE EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN EL SECTOR TELECOMUNICACIONES Y SU APLICACIÓN POR PARTE DE CONATEL Y PROCOMPETENCIA

El marco jurídico que rige el control de concentraciones económicas en el sector telecomunicaciones se deriva de dos sistemas normativos distintos pero complementarios. El primero es la regulación específica de las telecomunicaciones, conformada por la LOTEL y sus normas sublegales de desarrollo. El segundo es el derecho general de la competencia, integrado por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia “Ley de Competencia”, sus reglamentos y demás medidas de aplicación. Esta convergencia de sistemas normativos se debe a la coincidencia parcial de ambos regímenes en cuanto a su objeto (la protección y promoción de la libre competencia), y a que su aplicación se atribuye, por separado, a dos órganos administrativos distintos e independientes.

El artículo 195 de la LOTEL, el cual rige de manera especial las operaciones de concentración vinculadas con el sector telecomunicaciones, reconoce y articula esta dualidad jurídica. Por un lado, condiciona la “eficacia” de cualquier acuerdo u operación que implique un “cambio de control” sobre empresas operadoras de telecomunicaciones a la “aprobación” de CONATEL. Por otro lado, la norma limita la autonomía de CONATEL en cuanto a su decisión: CONATEL sólo puede aprobar las operaciones sometidas a su consideración “cuando medie opinión favorable” de PROCOMPETENCIA. De esta manera, el control de concentraciones económicas en el sector telecomunicaciones contempla la participación conjunta de CONATEL y de PROCOMPETENCIA.

Desde el punto de vista sustantivo, esto significa que las concentraciones económicas entre empresas de telecomunicaciones están sujetas a un régimen de control extendido, ello en un doble sentido. En primer lugar, el artículo 195 de la LOTEL, al tiempo que refiere un contexto específico en el cual corresponde a CONATEL ejercer su atribución general de fomentar y proteger la libre competencia,<sup>16</sup> lleva implícita la remisión al artículo 11 de la Ley de Competencia, que es la norma a la luz de la cual PROCOMPETENCIA debe emitir su opinión. Así, las concentraciones económicas de telecomunicaciones no sólo están sujetas a las reglas y criterios que CONATEL pueda adoptar en cumplimiento de su mandato legislativo, sino que también deben cumplir con el artículo 11 de la Ley de Competencia, en los términos en que lo entiende, interpreta y aplica PROCOMPETENCIA.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup>. Operadora de telefonía celular en la región occidental.

<sup>13</sup>. Operadora de telefonía celular en la región oriental.

<sup>14</sup>. 12-4-2005.

<sup>15</sup>. Este requerimiento de información refleja en buena parte los pedimentos de nuestro escrito de promoción de pruebas del 29-3-2005.

<sup>16</sup>. Artículo 37(22), LOTEL. Esta norma debe leerse conjuntamente con el artículo 2(3) *eiusdem*, que incluye entre los objetivos generales de la LOTEL: “Procurar condiciones de competencia entre los operadores de servicios”.

<sup>17</sup>. Véanse, *e.g.*, el Reglamento n° 2 de la Ley de Competencia (G.O. 35.963 del 21-5-96); y los Lineamientos para la Evaluación de Operaciones de Concentración Económica, Resolución n° SPPLC/039/99 (G.O. 36.819 del 1-11-99).

En segundo lugar, el artículo 195 de la LOTEL no especifica ni limita el objeto del control que corresponde ejercer a CONATEL a través de su potestad de aprobación. Esto significa que, al examinar las operaciones sometidas a su aprobación, CONATEL debe actuar en función de todos los objetivos que comprende su mandato legislativo. Por lo tanto, el control de concentraciones por parte de CONATEL trasciende el propósito de beneficiar la libre competencia, y se extiende a la protección de los derechos e intereses de los usuarios, al desarrollo de nuevos servicios, redes y tecnologías y a la eficiente administración del espectro radioeléctrico, entre otros objetivos.

Desde el punto de vista adjetivo, el caso *CANTV/DIGITEL* también confirma el marco procedimental en el que se desenvuelve la intervención conjunta de CONATEL y PROCOMPETENCIA. Como bien lo afirma CONATEL en su decisión,<sup>18</sup> el artículo 195 de la LOTEL faculta expresamente a esa Comisión para iniciar el procedimiento administrativo aprobatorio y realizar las actuaciones necesarias a los fines de emitir la decisión correspondiente. Esto quiere decir que las concentraciones de telecomunicaciones se evalúan en el marco de un procedimiento administrativo a cargo de CONATEL, en el que la participación de PROCOMPETENCIA se canaliza a través del mecanismo de “consulta” previsto en el artículo 48 de la LOTEL,<sup>19</sup> esto es, sin que sea necesaria la apertura de un procedimiento administrativo autónomo adicional por parte de PROCOMPETENCIA.

### III. LAS CONCLUSIONES DE PROCOMPETENCIA

La opinión de PROCOMPETENCIA en el caso *CANTV/DIGITEL* está contenida en un documento de 138 páginas. Se trata de un análisis técnico riguroso y completo, en el que se razonan y demuestran los efectos anticompetitivos que habría tenido la operación de haberse realizado en los términos planteados por los solicitantes. Por razones de espacio, no intentaremos discutir aquí los pormenores de ese análisis. Simplemente describiremos algunos de los aspectos que consideramos más importantes para el sector telecomunicaciones, por la significación del precedente que sientan.

#### 1. Mercados relevantes

Por lo que respecta a la definición del mercado relevante o de referencia para el análisis de competencia, las conclusiones de PROCOMPETENCIA aclaran el alcance y características de los principales mercados de telecomunicaciones, en parte confirmando definiciones adoptadas en decisiones anteriores.<sup>20</sup>

En este orden, se define un mercado de “telefonía básica” asociado a la red telefónica básica (fija), el cual se subdivide en tres servicios propiamente dichos, siguiendo la orientación del Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica:<sup>21</sup> telefonía fija local, de larga distancia nacional (LDN) y de larga distancia internacional (LDI). Para ello, se aclara que la telefonía básica (fija) y la telefonía móvil no son sustituibles entre sí, por lo que cada uno constituye un mercado relevante distinto.

Asimismo, se define un mercado de “telefonía móvil”, el cual se caracteriza incluyendo los servicios de valor agregado de naturaleza móvil. En este mercado, se distinguen las modalidades prepago y pospago. El ámbito territorial de la telefonía móvil se define según las zonas de cobertura de los distintos operadores (Nacional, Región 1, Región 2 y Región 3).

---

<sup>18</sup> Vid. n° 1, pp. 5 y 6.

<sup>19</sup> Los pronunciamientos de PROCOMPETENCIA en el marco de estas consultas interadministrativas deben producirse en un lapso no mayor de 45 días.

<sup>20</sup> Resolución n° SPPLC/0019-2005 del 27-4-2005; Resolución n° SPPLC/0049-2004, del 9-8-04, caso *Corporación Digitel, C.A. vs. Movilnet y CANTV*; Resolución n° SPPLC/0058-2002 de 5-10-2000, consulta Americatel; Resolución n° SPPLC/063-2000 de 18-12-2000, consulta Com.movil; Resolución n° SPPLC/029-2000, del 7-7-00, caso *CANTV, CANTV Servicios*.

<sup>21</sup> G.O. 37.085 del 24-11-2000.

Por otra parte, se definen tres mercados de insumos o mayoristas. La interconexión se asocia con la “terminación de llamadas”. Así, se define un mercado de “terminación de llamadas a redes fijas”, y otro de “terminación de llamadas a redes móviles”. Este último mercado se delimita en función de las distintas redes móviles de los operadores, por lo que se distingue un mercado relevante por cada red de telefonía móvil habilitada. Finalmente, se define un mercado de “servicios de enlaces DPL”, caracterizados como enlaces de transporte de señal en modalidad *clear channel* a niveles urbano, interurbano e internacional. El ámbito territorial de este mercado se define a nivel nacional.

### 2. Concentración y participaciones de mercado

En cuanto se refiere al grado de concentración en los mercados relevantes definidos, PROCOMPETENCIA revela cifras actualizadas que permiten apreciar el posicionamiento relativo de los operadores que participan en los mismos.

En este sentido, se determina un elevado índice de concentración para los mercados de telefonía local y LDN, en los que CANTV figura con una participación del 85%.<sup>22</sup> El mercado de LDI se califica como “medianamente concentrado”, siendo que la participación de CANTV es del 50%.<sup>23</sup>

Por su parte, el mercado de telefonía móvil se caracteriza como un mercado oligopólico altamente concentrado, ya que la participación de mercado se reparte básicamente entre TELCEL, MOVILNET y DIGITEL. Las cifras de participación utilizadas por PROCOMPETENCIA para evaluar los efectos de la concentración en este mercado se basaron fundamentalmente en una presentación del Presidente de DIGITEL recabada durante la inspección practicada en CANTV el 11-3-2005. Esta data presenta a DIGITEL como el segundo competidor de telefonía móvil en la región central, después de TELCEL. En consecuencia, PROCOMPETENCIA concluye que, de haberse dado la operación, el índice de concentración HHI en este mercado habría pasado de 3.347 a 5.403 puntos.

El análisis del grado de concentración en el mercado de terminación de llamadas en redes fijas se asimila al del mercado de telefonía fija local (85% CANTV). Asimismo, se constata que en los mercados de terminación en redes móviles no puede, en general, haber competencia efectiva, ya que cada red de telefonía móvil representa su propio mercado relevante. Por último, en cuanto a los mercados de servicios de enlaces DPL, se determina que CANTV acumula el 99,08% del total de suscriptores.

### 3. Grado de competencia

En estas condiciones estructurales, el razonamiento de PROCOMPETENCIA en cuanto al grado de competencia en los mercados analizados es fácil de adivinar. En primer lugar, se constata que CANTV tiene una posición de dominio en los mercados de (i) telefonía básica (fija local, LDN y LDI), (ii) terminación en redes fijas, (iii) terminación en la red móvil de MOVILNET y (iv) enlaces DPL. Técnicamente, esto significa que en tales mercados no existe “competencia efectiva”. Al aumentar el grado de concentración en todos estos mercados, la adquisición de DIGITEL por parte de CANTV habría reforzado la posición de dominio de ésta última, empeorando aún más el escenario.

Por otra parte, en cuanto al mercado de telefonía móvil, se determina que un incremento de concentración como el planteado, habría conducido a un duopolio caracterizado por un altísimo riesgo de prácticas colusorias y/o coordinadas, dadas las condiciones del mercado y por ser DIGITEL el competidor que históricamente lo ha dinamizado y disciplinado. En este sentido, tras resaltar que el mercado de telefonía móvil presenta condiciones que favore-

<sup>22</sup>. Siendo el índice de concentración Herfindahl-Hirschman (HHI) de 7.398 para telefonía fija local y de 7.354 para LDN (totales nacionales).

<sup>23</sup>. HHI de 2.928 (total nacional).

cen la coordinación y los acuerdos entre competidores (homogeneidad de producto, estandarización de precios y transparencia de información), PROCOMPETENCIA enfatiza el impacto que ha tenido la entrada de DIGITEL como operador activo desde 1999, al comportarse como un competidor vigoroso que llegó a posicionarse desde 2003 en el segundo lugar en la región central gracias a sus propuestas innovadoras y su conducta irreverente frente a las demás operadoras. De este modo, PROCOMPETENCIA caracteriza la dinámica de competencia en el mercado de telefonía móvil acentuando los rasgos que en Europa se asocian con la noción de “dominancia colectiva”.<sup>24</sup>

#### 4. Acceso al mercado

Lejos de relativizar (y mucho menos de desvirtuar) el razonamiento de PROCOMPETENCIA sobre el grado de competencia, el análisis de las barreras de acceso los mercados considerados refuerza aún más la conclusión de que la operación de concentración habría comportado serias restricciones a la libre competencia.

En efecto, PROCOMPETENCIA constata la existencia de altas barreras a la entrada en todos los mercados analizados. De manera general, se mencionan los altos costos de desarrollo de infraestructuras, las onerosas condiciones de interconexión y las dificultades prácticas para negociarla y obtenerla (en particular la ubicación), la necesidad de innovar tecnológicamente, los costos de publicidad y la necesidad de obtener licencias y permisos. De manera particular, en relación con los mercados de telefonía básica, se señalan la regulación tarifaria, la oferta limitada en el alquiler de infraestructura de transmisión, la necesidad de contar con sistemas de facturación y recaudación y las dificultades propias del acceso por prescripción y libre marcación. Por lo que respecta al mercado de telefonía móvil, PROCOMPETENCIA considera la limitada disponibilidad del espectro radioeléctrico como la principal barrera a la entrada, particularmente en la región central. Finalmente, en cuanto a los mercados de terminación de llamadas (sobre todo en redes móviles), PROCOMPETENCIA pondera muy especialmente el desproporcionado poder de negociación en interconexión que habría adquirido CANTV de concretarse la operación.

#### 5. Análisis de eficiencias

El principal argumento de CANTV en favor de la adquisición consistía en destacar las supuestas eficiencias económicas que se habrían derivado de la misma. El análisis de las eficiencias de una operación de concentración económica es pertinente cuando se determina que la misma genera efectos restrictivos de la competencia. En efecto, si las eficiencias que genera la operación pueden sopesar sus efectos restrictivos, la incidencia final sobre el mercado se considerará positiva.

En este sentido, PROCOMPETENCIA enfatiza que el verdadero centro de gravedad del análisis de eficiencias es el beneficio de consumidores y usuarios. Es que toda concentración genera eficiencias para las partes que participan en ella (de lo contrario no habría fusiones y adquisiciones entre empresas). Lo importante a los fines del derecho de la competencia es que tales eficiencias se traduzcan en ventajas económicas para los consumidores.

Valorando de esta manera las eficiencias alegadas por CANTV, PROCOMPETENCIA determinó que las mismas no podían considerarse como un factor compensatorio de los efectos anticompetitivos identificados, ya que se trataba de eficiencias puramente privadas, que muchas veces ni siquiera dependían de la operación o eran relativas y remotas (se verificaban en un plazo demasiado largo -más de dos años-). En este orden, se rechazaron las ale-

---

<sup>24</sup>. También llamada dominancia conjunta u oligopólica, la dominancia colectiva ocurre cuando dos o más agentes económicos detentan una posición de dominio de manera conjunta o compartida. Sobre este concepto en derecho de la competencia europeo, véase R. Whish, *Competition Law*, Lexis-Nexis Butterworths, 5 ed., 2003, pp. 505 y ss.

gadas eficiencias asociadas a un mayor volumen de clientes y tráfico, al uso optimizado del espectro radioeléctrico y de infraestructuras, a la consolidación de procesos y sistemas, a sinergias de carácter financiero, a economías de escala en equipos terminales y a un supuesto aumento en la penetración del servicio telefónico, entre otras.

#### IV. LA DECISIÓN DE CONATEL

La opinión de PROCOMPETENCIA habría bastado para que CONATEL decidiera no aprobar la operación, de conformidad con el artículo 195 de la LOTEL. Sin embargo, lejos de acogerse pura y simplemente al efecto legal inevitable del pronunciamiento de PROCOMPETENCIA, CONATEL examina adicionalmente la adquisición a la luz de la regulación específica de las telecomunicaciones, para sacar sus propias conclusiones. De este modo, CONATEL complementa el análisis de PROCOMPETENCIA con una serie de consideraciones adicionales que la llevan, por su parte, a rechazar también la operación.

En primer lugar, CONATEL explica que la operación de concentración no era compatible con los objetivos de las multiconcesiones rurales, cuales eran llevar servicios básicos a las zonas rurales, aumentar el número de competidores, garantizar la libre elección de los usuarios y diversificar la oferta de servicios.

En este mismo orden, se enfatiza que la operación tampoco se ajustaba a las medidas y políticas adoptadas por CONATEL para promover la competencia tras la apertura. A este respecto, se resalta que la adquisición era incompatible con el ánimo pro-competitivo que había inspirado la adopción de medidas tales como la exclusión de CANTV de las subastas de espectro radioeléctrico para telefonía fija, la implementación de los sistemas de acceso por previa suscripción y libre marcación y las órdenes de interconexión para los servicios de mensajería corta.

Adicionalmente, se pone de relieve que la operación también contradecía los principios de administración y control del espectro radioeléctrico como recurso limitado, pues habría conducido a una marcada desigualdad entre las asignaciones de los distintos operadores de telefonía móvil, atentando además contra la pluralidad de operadores en el sector de las telecomunicaciones. Asimismo, se enfatizó que la concentración habría atentado contra la promoción de nuevos servicios, redes y tecnologías, desfavoreciendo los intereses de los usuarios, ya que CANTV planteaba descartar una tecnología, limitando la oferta de productos en el mercado y provocando una migración forzada.

Por todas esas razones, CONATEL determinó que la operación propuesta no se orientaba a los objetivos de la LOTEL, especialmente en relación con la apertura de las telecomunicaciones a la competencia.

#### V. SIGNIFICACIÓN DEL CASO *CANTV/DIGITEL* PARA EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

La decisión de CONATEL y la opinión de PROCOMPETENCIA en el caso de la proyectada adquisición de DIGITEL por parte de CANTV marcan un hito en el proceso de liberalización de las telecomunicaciones en Venezuela. En nuestra opinión, se trata de una decisión quizás tan importante como la misma abolición de los monopolios legales y la apertura a la libre competencia.

En primer lugar, la decisión de CONATEL defiende el incipientemente competitivo mercado de las telecomunicaciones venezolano frente a un ataque frontal y definitivo que amenazaba con frustrar la apertura para siempre. Como bien lo resalta PROCOMPETENCIA en su opinión, DIGITEL ha sido el agente económico que ha dinamizado y disciplinado el mercado de telefonía móvil. Su absorción por parte del grupo CANTV hubiera convertido el

mercado de telefonía móvil en un duopolio en el cual el riesgo de prácticas colusorias o coordinadas era, simplemente, demasiado alto.

La importancia de DIGITEL como agente económico independiente no se limita al mercado de telefonía móvil. Dada la magnitud del tráfico que maneja DIGITEL y sus limitaciones en cuanto a infraestructura propia, su participación por el lado de la demanda en los mercados de telefonía de LDN y LDI, terminación de llamadas (tanto en redes fijas como móviles) y enlaces DPL es fundamental para el equilibrio del sector. DIGITEL es, hoy por hoy, el cliente más importante que tienen muchos de los operadores entrantes que compiten con CANTV en la provisión de servicios de transporte y de telefonía de larga distancia. Por lo tanto, si la adquisición se aprobaba, el beneficio de esa demanda habría pasado a internalizarlo CANTV por completo. En resumen, la desaparición de DIGITEL como agente independiente y su integración al grupo CANTV (i) se habría traducido en mayores precios, menos alternativas y menor calidad de servicio en el mercado de telefonía móvil, (ii) habría ocasionado la desaparición de varios operadores entrantes en los mercados de LDN, LDI y enlaces DPN, y (iii) habría dificultado, hacia el futuro, el acceso de nuevos competidores en todos estos mercados.

Si bien la permanencia de DIGITEL como agente económico independiente en el mercado constituye el logro principal de CONATEL y PROCOMPETENCIA, la importancia de este precedente no se queda allí. A cinco años de la apertura de los servicios básicos de telecomunicaciones a la competencia, se hace un alto en el camino y se le toma una “radiografía” al sector. El resultado podría parecer decepcionante: CANTV mantiene aún su posición de dominio en la mayoría de los mercados y la competencia en el sector es muy relativa. De los mercados de telefonía básica, sólo el de LDI presenta una significativa concurrencia de nuevos entrantes. En el mercado de telefonía móvil, la competencia se muestra aún frágil aunque prometedora. Por su parte, el dominio de CANTV en el mercado de enlaces DPL refleja que el proceso competitivo no ha conducido al desarrollo de infraestructuras alternativas. El análisis de CONATEL también da cuenta de esta realidad; en su decisión, el Ente Regulador enfatiza que las medidas adoptadas para procurar condiciones de competencia aún siguen siendo necesarias, por lo que no conviene abandonarlas o frustrar sus efectos mediante la modificación estructural de los mercados en que participan DIGITEL y CANTV.

Este diagnóstico pone en evidencia que la liberalización del sector telecomunicaciones apenas empieza a dar frutos. En este sentido, el caso *CANTV/DIGITEL* es una invitación a los sectores interesados a renovar esfuerzos en pro del desarrollo de un mercado de telecomunicaciones verdaderamente competitivo. Por lo que respecta a la regulación sectorial, algunas iniciativas creativas podrían desarrollarse para resolver posibles problemas y estimular aún más la competencia. Quizás sea propicia la ocasión para evaluar la conveniencia de profundizar la apertura con medidas tales como la desagregación del bucle local, el fomento de la reventa de servicios y los operadores virtuales, la flexibilización del régimen actualmente aplicable a las redes de acceso de voz sobre IP y la adopción de un modelo definitivo de cargos de interconexión, por sólo nombrar algunos ejemplos.

Por otra parte, la decisión de CONATEL en el caso *CANTV/DIGITEL* da cuenta del enorme potencial que ofrece la aplicación conjunta de la regulación específica de las telecomunicaciones y del derecho general de la competencia. En efecto, la convergencia de sistemas normativos que articula el artículo 195 de la LOTEL en el contexto específico del control de concentraciones económicas, también es una realidad en un ámbito mucho más amplio. En este sentido, la actuación de PROCOMPETENCIA por la vía de procedimientos sancionadores podría ser una herramienta apropiada y muy útil para enfrentar y resolver muchos de los problemas que pudieran estar inhibiendo el desarrollo de una sana competencia en el sector.

En muchos casos, las potestades de CONATEL son insuficientes para remediar las distorsiones y comportamientos anticompetitivos que se presentan en los distintos mercados de telecomunicaciones. Por ejemplo, para CONATEL sería imposible perseguir y sancionar la aplicación de condiciones discriminatorias, el cobro de precios excesivos o bien las prácticas colusorias. En materia de interconexión, la impotencia de CONATEL frente a prácticas que podrían ser sancionadas bajo la Ley de Competencia, está ampliamente documentada en órdenes de interconexión y *addenda* informativos a los contratos de interconexión.<sup>25</sup> Quizás la clave para el desarrollo de un mercado de telecomunicaciones realmente competitivo sea, además de la actividad reguladora de CONATEL, una participación más activa de PRO-COMPETENCIA a través de sus potestades sancionadoras.

---

<sup>25</sup>. Estas órdenes y *addenda* pueden consultarse en la sección “interconexión” del sitio en Internet de CONATEL: <http://www.conatel.gov.ve/>



## LEGISLACIÓN



# Información Legislativa

## LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL TERCER TRIMESTRE DE 2005

Recopilación y selección  
por Marianella Villegas Salazar  
*Abogado*

### SUMARIO

#### I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Poder Ejecutivo Nacional: La Administración Pública Central.* 2. *Poder Legislativo.* 3. *Poder Judicial. Régimen de los jueces: Procedimiento disciplinario.*

#### II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Financiero.* A. Banco Central de Venezuela. B. Régimen Presupuestario. 2. *Régimen Cambiario: Ilícitos Cambiarios.* 3. *Sistema de Control.* 4. *Sistema Impositivo.* A. Impuestos. a. Impuesto al Valor Agregado. a'. Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado. b'. Normas sobre facturación. b. Impuesto sobre la Renta: Reconocimiento de pérdidas. c. Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas. d. Impuestos de importación: Certificados Especiales de Reintegro Tributario (Cert). B. Tasas y otras Contribuciones. Régimen Aduanero: Arancel de Aduanas.

#### III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores.* A. Tratados, Acuerdos y Convenios a. Acuerdos y Tratados Bilaterales. b. Acuerdos y Tratados Multilaterales. B. Servicio Exterior. C. Registro de Movimientos Migratorios. 2. *Seguridad y Defensa.* A. Fuerza Armada Nacional. B. Represión de la delincuencia organizada.

#### IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen de las Instituciones Financieras: Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras.* 2. *Régimen del Comercio Interno: Control Metrológico.* 3. *Régimen de la Pequeña y Mediana Industria.* A. Empresas Alternativas. B. Asociaciones Cooperativas. 4. *Régimen de Energía y Petróleo.* A. Expendio de Combustible. B. Transporte de productos distintos a los combustibles. C. Expedición de Permisos y Registros.

#### V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Salud: Información comercial y sanitaria de bienes destinados al consumo humano.* 2. *Educación.* A. Educación Inicial: Bases Curriculares. B. Planteles Privados: Matriculas y Mensualidades. C. Educación Superior: Servicio comunitario. 3. *Cultura.* A. Protección del Patrimonio Cultural. B. Cinematografía Nacional. 4. *Ciencia y Tecnología.* 5. *Trabajo.* 6. *Régimen de la Vivienda: Préstamos Hipotecarios.* 7. *Régimen de la Seguridad Social.* A. Servicios Sociales. B. Régimen Prestacional de Empleo. 8. *Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Loterías.* 9. *Profesiones Liberales: Enfermería.*

#### VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de la Ordenación del Territorio y del Desarrollo Urbano.* 2. *Régimen de las Comunicaciones: Responsabilidad Social en Radio y Televisión.* 3. *Régimen del Transporte y Tránsito: Transporte y Tráfico Aéreo.*

**I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO**1. *Poder Ejecutivo Nacional: La Administración Pública Central*

Decreto n° 3.753 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central. *G.O.* n° 38.262 de 31-8-2005.

2. *Poder Legislativo*

Reforma Parcial del Reglamento de Interior y de Debates de la Asamblea Nacional. *G.O.* n° 38.270 de 12-9-2005.

3. *Poder Judicial. Régimen de los jueces: Procedimiento disciplinario*

Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. *G.O.* n° 38.241 de 2-8-2005.

**II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**1. *Sistema Financiero*A. *Banco Central de Venezuela*

Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela. *G.O.* n° 38.232 de 20-7-2005

B. *Régimen Presupuestario*

Providencia Administrativa n° 103 de la Oficina Nacional de Presupuesto que establece el Clasificador Presupuestario aplicable a los Órganos y Entes del Sector Público. *G.O.* n° 38.259 de 26-8-2005. (Véase *G.O.* n° 5.784 Extraordinario de la misma fecha).

Providencia Administrativa n° 05-001 del Ministerio de Finanzas que establece el Plan de Cuentas Patrimoniales Aplicable a la República y sus Entes Descentralizados Funcionalmente. *G.O.* n° 38.259 de 26-8-2005. (Véase *G.O.* n° 5.784 Extraordinario de la misma fecha).

2. *Régimen Cambiario: Ilícitos Cambiarios*

Ley contra los Ilícitos Cambiarios. *G.O.* n° 38.272 de 14-9-2005.

3. *Sistema de Control*

Providencia n° 004/2005 de la Vicepresidencia de la República, por la cual se dicta el Manual de Normas de Control Interno sobre un modelo Genérico de la Administración Central y Descentralizada Funcionalmente. *G.O.* n° 38.282 de 28-9-2005.

4. *Sistema Impositivo*A. *Impuestos*a. *Impuesto al Valor Agregado*a'. *Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado*

Ley de Reforma Parcial de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado. *G.O.* n° 38.263 de 1-9-2005.

b'. *Normas sobre facturación*

Providencia n° 0456 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), que Establece las Disposiciones Especiales de Facturación para las Estaciones de Servicios. *G.O.* n° 38.233 de 21-7-2005.

Providencia n° 0790 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), que establece el Régimen Transitorio de Facturación del Impuesto al Valor Agregado. *G.O.* n° 38.280 de 26-9-2005.

b. *Impuesto sobre la Renta: Reconocimiento de pérdidas*

Providencia n° 0391 del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), que establece las Condiciones, requisitos y procedimiento para el reconocimiento de las pérdidas, con ocasión del retiro por destrucción de mercancías y otros bienes. *G.O.* n° 38.254 de 19-8-2005

c. *Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas. *G.O.* n° 38.279 de 23-9-2005. (Reimpresión según *G.O.* n° 38.286 de 4-10-2005).

d. *Impuestos de importación: Certificados Especiales de Reintegro Tributario (Cert)*

Resolución n° 1661 del Ministerio de Finanzas, por la cual se dicta la Reforma Parcial de la Resolución n° 1.534 de 15 de marzo de 2004, mediante la cual se dicta el Instructivo Sobre el Procedimiento para la Emisión, Colocación, Custodia y Manejo de los Certificados Especiales de Reintegro Tributario (CERT). *G.O.* n° 38.234 de 22-7-2005.

B. *Tasas y otras Contribuciones. Régimen Aduanero: Arancel de Aduanas*

Resolución n° 1.685 del Ministerio de Finanzas, por la cual se modifica parcialmente el artículo 23 del Decreto n° 3.679 de fecha 30 de mayo de 2005 mediante el cual se promulgó el Arancel de Aduanas. *G.O.* n° 38.277 de 21-9-2005.

Resolución Conjunta n° DM/023 y DM/1684 de los Ministerios de Finanzas y de Alimentación, por la cual se establece el Régimen de Administración de Contingente Arancelario para el producto contenido en la Lista LXXXVI - Sección 1-B, resultantes de las negociaciones sobre la Agricultura en la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio. *G.O.* n° 38.277 de 21-9-2005.

### III. **POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA**

1. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenios*

a. *Acuerdos y Tratados Bilaterales*

Resolución n° 176 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar la Enmienda del Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República del Paraguay para el establecimiento de un Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política. *G.O.* n° 38.224 de 8-7-2005.

Resolución n° 179 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo de Cooperación Energética de Caracas entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Bolivia. *G.O.* n° 38.226 de 12-7-2005.

Resolución n° 196 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Instrumento del Acta de San Carlos, mediante la cual el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Colombia, crearon la Comisión Binacional de Alto Nivel entre ambos Estados. *G.O.* n° 38.236 de 26-7-2005.

Resolución n° 197 Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorando de Entendimiento para el Establecimiento de un Mecanismo de Consulta entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República del Sudán. *G.O.* n° 38.236 de 26-7-2005.

Resolución n° 224 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Convenio de Cooperación en el Área del Turismo, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia. *G.O.* n° 38.253 de 18-8-2005.

Resolución n° 234 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo de Supresión de Visas en Pasaportes Diplomáticos y de Servicio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de la India. *G.O.* n° 38.267 de 7-9-2005.

Resolución n° 230 Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Convenio de Cooperación para el Desarrollo Social entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina. *G.O.* n° 38.269 de 9-9-2005.

b. *Acuerdos y Tratados Multilaterales*

Resolución n° 199 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acta de Rectificación del Primer Protocolo Adicional del Acuerdo de Complementación Económica n° 59 suscrito entre los gobiernos de los Estados que en ella se indican. *G.O.* n° 38.238 de 28-7-2005.

B. *Servicio Exterior*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Servicio Exterior. *G.O.* n° 38.241 de 2-8-2005.

C. *Registro de Movimientos Migratorios*

Decreto n° 3.743 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Sobre la Tarjeta Andina de Migración. *G.O.* n° 38.224 de 8-7-2005

2. *Seguridad y Defensa*

A. *Fuerza Armada Nacional*

Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional. *G.O.* n° 38.280 de 26-9-2005.

B. *Represión de la delincuencia organizada*

Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada. *G.O.* n° 38.281 de 27-9-2005.

#### IV. **DESARROLLO ECONÓMICO**

1. *Régimen de las Instituciones Financieras: Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*

Resolución n° 380.05 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, mediante la cual se dictan las Normas de Firmas para Compromisos, Desembolsos y Movilización de Recursos Financieros. *G.O.* n° 38.257 de 24-8-2005.

2. *Régimen del Comercio Interno: Control Metrológico*

Ley de Metrología. *G.O.* n° 38.263 de 1-9-2005.

3. *Régimen de la Pequeña y Mediana Industria*

A. *Empresas Alternativas*

Decreto n° 3.798 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dictan las Medidas Temporales para el Establecimiento de Montos y Categorías de Contratos Reservados para las Empresas Alternativas Fabricantes de Bienes, Prestadoras de Servicios y Ejecutoras de Obras. *G.O.* n° 38.242 de 3-8-2005.

B. *Asociaciones Cooperativas*

Providencia n° 024-05 del Ministerio para la Economía Popular, mediante la cual se dictan las Condiciones y requisitos para el otorgamiento de la Certificación de cumplimiento a las Asociaciones Cooperativas. *G.O.* n° 38.252 de 17-8-2005 (Derogada por la Providencia Administrativa n° 035-05, publicada en la *G.O.* n° 38.298 de 21-10-2005).

Providencia N° PA-030-05 de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, por la cual se dictan los Lineamientos para la creación y sustento de los Fondos de Reserva de Emergencia, Protección Social y Educación de las Asociaciones Cooperativas y Organismos de Integración. *G.O.* n° 38.277 de 21-9-2005.

4. *Régimen de Energía y Petróleo*

A. *Expendio de Combustible*

Resolución n° 301 del Ministerio de Energía y Petróleo, por la cual se establecen los tipos de productos (gasolinas de motor) que serán vendidos en los establecimientos autorizados para ejercer dicha actividad, así como los precios que serán aplicados para la venta al público. *G.O.* n° 38.251 de 16-8-2005.

B. *Transporte de productos distintos a los combustibles*

Resolución n° 247 del Ministerio de Energía y Petróleo, por la cual se dictan las Normas para el Transporte Terrestre de Productos Refinados, Derivados de Hidrocarburos, sus Desechos y Productos Resultantes de la Actividad de Industrialización de Hidrocarburos o Productos Refinados, Distintos a los Combustibles.

C. *Expedición de Permisos y Registros*

Resolución n° 248 del Ministerio de Energía y Petróleo, por la cual se regula la expedición de los Permisos y Registros. *G.O.* n° 38.226 de 12-7-2005.

## V. **DESARROLLO SOCIAL**

1. *Salud: Información comercial y sanitaria de bienes destinados al consumo humano.*

Resolución Conjunta n° DM/065, DM/182, DM/311 y DM/019 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio, de Agricultura y Tierras, de Salud y Desarrollo Social y de Alimentación, por la cual se establecen los Requisitos de información comercial y sanitaria que debe contener en su etiqueta el atún en conserva y los productos a base de atún en conserva, destinados al consumo humano. *G.O.* n° 38.246 de 9-8-2005.

## 2. Educación

### A. Educación Inicial: Bases Curriculares

Resolución n° 42 del Ministerio de Educación y Deportes, por la cual se establecen las Bases Curriculares Nacionales de la Educación Inicial. *G.O.* n° 38.237 de 27-7-2005.

### B. Planteles Privados: Matriculas y Mensualidades

Resolución Conjunta n° DM 084 y DM 50 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Educación y Deportes, por la cual se establece que los precios por concepto de matrícula y mensualidades en los planteles privados para el año escolar 2005-2006, no podrán ser superiores al diez por ciento (10%) de los montos cobrados por esos mismos conceptos durante el año escolar 2004-2005. *G.O.* n° 38.267 de 7-9-2005.

### C. Educación Superior: Servicio comunitario

Ley de Servicio Comunitario del Estudiante de Educación Superior. *G.O.* n° 38.272 de 14-9-2005.

## 3. Cultura

### A. Protección del Patrimonio Cultural

Providencia n° 012/05 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se dicta el Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el manejo de los bienes que lo integran. *G.O.* n° 38.237 de 27-7-2005.

### B. Cinematografía Nacional

Ley de la Cinematografía Nacional. *G.O.* n° 38.281 de 27-9-2005.

## 4. Ciencia y Tecnología

Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. *G.O.* n° 38.242 de 3-8-2005.

## 5. Trabajo

Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. *G.O.* n° 38.236 de 26-7-2005.

## 6. Régimen de la Vivienda: Préstamos Hipotecarios

Resolución S/N del Ministerio para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se dispone que los bancos, instituciones financieras y cualquier otro ente autorizado por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, para otorgar préstamos hipotecarios, deberán dirigir el porcentaje del siete por ciento (7%) establecido en la Resolución n° 012 de fecha 26 de febrero de 2005, publicada en la *G.O.* n° 38.140 de fecha 4 de marzo de 2005, de la manera que en ella se señala. *G.O.* n° 38.250 de 15-8-2005.

## 7. Régimen de la Seguridad Social

### A. Servicios Sociales

Ley de Servicios Sociales. *G.O.* n° 38.270 de 12-9-2005.

### B. Régimen Prestacional de Empleo

Ley del Régimen Prestacional de Empleo. *G.O.* n° 38.281 de 27-9-2005.

## 8. Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Loterías

Ley Nacional de Lotería. *G.O.* n°38.270 de 12-9-2005.

9. *Profesiones Liberales: Enfermería*

Ley del Ejercicio Profesional de la Enfermería. *G.O.* n° 38.263 de 1-9-2005.

**VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**

1. *Régimen de la Ordenación del Territorio y del Desarrollo Urbano*

Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* n° 38.279 de 23-9-2005.

2. *Régimen de las Comunicaciones: Responsabilidad Social en Radio y Televisión*

Providencia n° 006 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), mediante la cual se dictan las Normas Técnicas para la Administración del Fondo de Responsabilidad Social. *G.O.* n° 38.238 de 18-8-2005.

Providencia Administrativa n° 007 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), a través de la cual se reforman las Normas Técnicas sobre Definiciones, Tiempo y Condiciones de la Publicidad, Propaganda y Promociones en los Servicios de Radio y Televisión, publicadas en la *G.O.* n° 38.160 de fecha 6 de abril de 2005. *G.O.* n° 38.281 de 27-9-2005.

Providencia Administrativa n° 008 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), a través de la cual se reforman las Normas Técnicas sobre las Condiciones de Prestación de los Servicios de Radio y Televisión, publicadas en la *G.O.* n° 38.153 de fecha 28 de marzo de 2005. *G.O.* n° 38.281 de 27-9-2005.

3. *Régimen del Transporte y Tránsito: Transporte y Tráfico Aéreo*

Ley de Aeronáutica Civil. *G.O.* n° 38.226 de 12-7-2005.

Providencia n° PRE-CJU-156-05 del Instituto Nacional de Aviación Civil, mediante la cual se dictan las Normas que rigen los Servicios Especializados de Transporte Aéreo. *G.O.* n° 38.234 de 22-7-2005

Providencia n° PRE-CJU-157-05 del Instituto Nacional de Aviación Civil, mediante la cual se dictan las Normas que rigen los Servicios de Trabajos Aéreos. *G.O.* n° 38.234 de 22-7-2005

Providencia n° PRE-CJU-020-05 del Instituto Nacional de Aviación Civil, mediante la cual se dicta la Regulación Aeronáutica Venezolana 80. RAV 80.- Inspección, Certificación, Vigilancia Continua, Supervisión Permanente e Investigación de Incidentes ATS, para soportar los Procedimientos Administrativos Sancionatorios que efectúa la Autoridad Aeronáutica. *G.O.* n° 38.234 de 22-7-2005

Providencia n° PRE-CJU-158-05 del Instituto Nacional de Aviación Civil, mediante la cual se dicta la Regulación Aeronáutica Venezolana 3. RAV 3. Procedimiento para la Consulta de Regulaciones Aeronáuticas. *G.O.* n° 38.234 de 22-7-2005.

Providencia n° PRE-CJU-218-05 Instituto Nacional de Aviación Civil, mediante la cual se dictan las Normas que regulan las operaciones aéreas dentro del territorio nacional por parte de aeronaves destinadas a la aviación privada con matrícula extranjera. *G.O.* n° 38.255 de 22-8-2005.

Providencia n° PRE-CJU-219-05 Instituto Nacional de Aviación Civil, mediante la cual se regula la aprobación, registro, publicación y entrada en vigencia de las tarifas para los servicios del transporte aéreo regular de pasajeros dentro del territorio nacional. *G.O.* n° 38.255 de 22-8-2005.



# Comentario Legislativo

## COMENTARIOS A LA LEY CONTRA LOS ILÍCITOS CAMBIARIOS

José Ignacio Hernández G.  
*Profesor de la Universidad Monteávila y de la  
Universidad Central de Venezuela  
Profesor Invitado del IESA*

**Resumen:** *Se realiza un análisis del régimen jurídico-administrativo de la Ley contra los ilícitos cambiarios, partiendo de su ámbito de aplicación, ilícitos y sanciones consagradas según su incidencia en el principio de legalidad de las penas y sanciones, y el procedimiento administrativo sancionador.*

### INTRODUCCIÓN

La *Ley contra los ilícitos cambiarios*, publicada en la *Gaceta Oficial* número 38.272 de 14 de septiembre de 2005, establece el régimen punitivo aplicable a las infracciones cometidas al *régimen cambiario* en vigor.

El *ilícito cambiario* es, pues, toda *infracción* a la normativa que integra en la actualidad el régimen cambiario, el cual se fundamenta -como auténtico principio rector en la materia- en la *centralización del comercio de divisas* en el Banco Central de Venezuela. Tal régimen, como es conocido, se compone de diversas normas *sublegales*, a saber, los *Decretos* dictados por el Presidente de la República (principalmente, el Decreto n° 2.278<sup>1</sup> y el Decreto n° 2.302<sup>2</sup>, reformado luego por el Decreto N° 2.330<sup>3</sup>); los *convenios cambiarios* suscritos entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela (hasta la fecha se han dictado *ocho*)<sup>4</sup>; y las *providencias* dictadas por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI).

El régimen cambiario vigente se basa, entonces, en la centralización del mercado de divisas, lo que implica, en *primer lugar*, que la adquisición de divisas sólo podrá efectuarse a través de CADIVI, para los fines expresamente admitidos dentro del control de cambio<sup>5</sup>. Además, y en *segundo lugar*, las divisas que *ingresen* al país serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela<sup>6</sup>.

Ahora bien, al estar contenido en normas de rango sublegal, el control de cambio no contaba con un régimen punitivo general. A pesar de ello, el artículo 3 del Decreto n° 2.330, en sintonía con el Convenio Cambiario n° 1, reconoció la potestad sancionadora de CADIVI.

---

<sup>1</sup> Publicado en la *Gaceta Oficial* n° 37.614 de 21 de enero de 2003.

<sup>2</sup> Publicado en la *Gaceta Oficial* n° 37.644 de 6 de marzo de 2003.

<sup>3</sup> Véase la *Gaceta Oficial* n° 37.644, de 6 de marzo de 2003.

<sup>4</sup> De ellos, el principal o básico es el Convenio Cambiario n° 1, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 37.653 de 19 de marzo de 2003.

<sup>5</sup> Véase sobre ello el Decreto n° 2.320 (*Gaceta Oficial* n° 37.644, de 6 de marzo de 2003), mediante el cual se establecen los *Lineamientos Generales para la Distribución de Divisas a ser destinadas al Mercado Cambiario*.

<sup>6</sup> En general, sobre los principios del actual régimen de control de cambios, *vid.* José Ignacio Hernández G., "Los principios del actual régimen jurídico del control de cambio en Venezuela", en *Derecho y Sociedad* n° 4, Universidad Monteávila, Caracas, 2003, pp. 249 y ss.

En la práctica, sin embargo, la única sanción que en nuestra opinión podía imponer la Comisión, era la *suspensión* del Registro de Usuarios del Sistema de Administración de Divisas (RUSAD) y de la autorización de adquisición de divisas (artículos 10 y 11 del Convenio Cambiario n° 1).

La *Ley contra los ilícitos cambiarios* está llamada a subsanar esa omisión, pues ella tipifica las sanciones -administrativas y penales- que procederán ante la comisión de los ilícitos cambiarios, tal y como preceptúa su artículo 1. Sólo que tales ilícitos dependerán de la normativa cambiaria vigente *en cada momento*. De allí que la Ley que comentamos pueda ser considerada una *Ley de base movable*, en el sentido que la determinación de la infracción dependerá del alcance del régimen cambiario de divisas establecido por la Administración. En este contexto se entenderá por divisas la “*expresión monetaria en moneda metálica, billetes de bancos, cheques bancarios distinta del bolívar entendido éste como la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela*” (artículo 2.2). Sin duda, la referencia a los *cheques bancarios* implica notables problemas prácticos.

Nos referiremos, en estas líneas, a los principales aspectos relacionados con las *sanciones administrativas* derivadas de la nueva *Ley contra los ilícitos cambiarios*, vigente desde el 14 de octubre de 2005. Se trata, en todo caso, de una *Ley temporal*, pues de conformidad con su disposición transitoria única, la Ley mantendrá su vigencia mientras “*exista el control cambiario*”. Se aclara que la Ley no regula las condiciones bajo las cuales ese control podrá ser acordado, materia que, exigüamente, sigue estando prevista en la Ley del Banco Central de Venezuela.

#### I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS PENAS Y SANCIONES Y LOS ILÍCITOS CAMBIARIOS

El numeral 6 del artículo 49 de la Constitución establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no estén previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes, consagrando la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, previsto en el artículo 1 del Código Penal. En realidad, la norma constitucional engloba tres principios: sólo la Ley puede establecer delitos; la Ley deberá tipificar expresamente las infracciones que darán lugar a la imposición de esos delitos, y la Ley ha de ser preexistente a la realización de la conducta reputada ilícita. De tradicional aplicación en el Derecho Penal, tal principio aplica, también, al ámbito del Derecho administrativo sancionador, tal y como ahora aclara el encabezamiento del artículo 49 constitucional.

La protección de la reserva legal penal, como auténtico derecho fundamental, es integral, y de allí que las infracciones han de estar contenidas, también, en la Ley. De esa manera, en materia de sanciones administrativas se ha admitido jurisprudencialmente que las infracciones pueden ser desarrolladas por la Administración, exigiéndose, sin embargo, que sea la Ley la que aborde, directamente, los postulados básicos o esenciales conforme a los cuales podrá la Administración, posteriormente, complementar reglamentariamente las infracciones. Con ello se exige que el desarrollo administrativo de infracciones no sea independiente, sino por el contrario, subordinado a la Ley (entre otras muchas, vid. la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 4 de agosto de 1994, caso *Volkswagen Interamericana*). Tal y como ha entendido el Tribunal Constitucional español, el principio de legalidad queda vulnerado:

[...] si la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones careciera de toda base legal o se adoptara en virtud de una habilitación a la Administración por norma de rango legal carente de todo contenido material propio, tanto en lo que se refiere a la tipificación de los ilícitos administrativos, como a la regulación de las correspondientes consecuencias sancionadoras[...] (Sentencia 177/1992, de 2 de noviembre).

En consecuencia, la infracción, entendida como la descripción de la conducta u omisión que acarreará la imposición de delitos penales o administrativos, debe estar contenida, al menos en sus rasgos definitorios esenciales, en la Ley. Además, rige el principio de tipicidad exhaustiva, en tanto la Ley debe abordar con claridad el tipo infractor.

Ahora bien, el principio de legalidad de las penas y sanciones sufre importantes inflexiones en los llamados ilícitos cambiarios, dado que en ellos la infracción estará determinada por la contravención a la normativa de rango sublegal dictada por la Administración. El resguardo a la garantía del artículo 49.6 constitucional residirá entonces en la necesaria cobertura legal suficiente con la cual ha de contar tal normativa cambiaria.

Va de suyo, de lo anterior, que la previsión de penas y sanciones sobre la base de cláusulas genéricas de remisión a normativas administrativas contradice el consabido principio de legalidad. La jurisprudencia en Venezuela, sin embargo, ha mostrado una línea de evolución que convendría analizar.

1. *Los criterios iniciales: la rigurosidad del principio de legalidad. Especial referencia a la nulidad de la Ley de Régimen Cambiario*

La *Ley de Régimen Cambiario*, de 1995, estableció un régimen punitivo sobre la base de la comisión de ilícitos cambiarios, es decir, que la infracción se configuraba por la violación del régimen cambiario establecido por el Poder Ejecutivo mediante actos de rango sublegal. En tanto el alcance de la infracción dependía de normas de rango sublegal, las principales normas punitivas de esa Ley fueron reputadas contrarias al principio de legalidad de las penas y sanciones.

Así, la Sala Constitucional, en sentencia de 21 de noviembre de 2001, declaró la nulidad parcial de la *Ley de Régimen Cambiario*, visto que esa Ley, en su artículo 2, habilitó genéricamente a la Administración para acordar restricciones a la libertad cambiaria cuya contravención daría lugar a la imposición de penas y sanciones:

[...] En el caso de autos, la Ley bajo estudio contiene los delitos e infracciones cambiarios, sin embargo, el establecimiento de los parámetros del control a la libre convertibilidad de la moneda -que en caso de incumplirse implicará la configuración de tales delitos cambiarios-, queda en manos del Ejecutivo, quien establecerá los controles mediante un instrumento de rango sublegal, posterior a la ley. Ello así, debe esta Sala Constitucional declarar que las normas contenidas en los artículos 2 y 6 de la Ley sobre Régimen Cambiario están viciadas de inconstitucionalidad al ser contrarios a los principios de la reserva legal y separación de los poderes públicos antes referidos [...].

Con meridiana claridad estimó la Sala Constitucional que resulta contrario al consabido principio, el que el alcance de la potestad punitiva del Estado dependa de las obligaciones discrecionalmente fijadas por el Poder Ejecutivo a través de la normativa cambiaria. Este criterio fue posteriormente reiterado por esa Sala, al señalar que la inclusión como tipo delictual de infracciones de normas administrativas, supone una “...apertura indefinida de los supuestos ilícitos administrativos, ya que cualquier conducta exigida por vía reglamentaria que es incumplida por el administrado daría lugar a la sanción que la norma prevé...” (sentencia de 11 de junio de 2002, caso nulidad del artículo 52 de la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia).

El artículo en cuestión permitía a la Administración ejercer su potestad sancionadora ante la infracción a cualquier normativa reglamentaria, lo que en definitiva quebraba el principio de legalidad, desde que la infracción no estaba comprendida, en su esencia, en la Ley:

[...] Analizada la situación en la forma que antecede, no puede menos que estimarse que el artículo 52 contempla una norma en blanco, esto es, facultativa en forma total y completa a la Superintendencia para crear el supuesto de hecho constitutivo del acto ilícito y por ello violatoria del principio de tipicidad, lo cual implica su nulidad por inconstitucionalidad. Así se declara [...]

En resumen, en esta primera etapa, la jurisprudencia de la Sala Constitucional consideró que el principio de legalidad de las penas y sanciones se oponía a la tipificación, como ilícito, de las infracciones cometidas a normas sublegales dictadas por la Administración. La infracción, es decir, el incumplimiento de determinada obligación que habilita el ejercicio de la potestad punitiva, deba estar establecida en la Ley.

2. *La matización de este principio en la jurisprudencia posterior. Referencia al criterio mantenido en relación con el actual régimen cambiario*

La jurisprudencia posterior de la Sala Constitucional modificó este criterio, para matizar, significativamente, el alcance que tiene el principio de legalidad de las penas y sanciones. Este nuevo criterio se estableció en la sentencia de la Sala Constitucional de 30 de marzo de 2004, caso *Freddy Orlando*. La sentencia comienza recordando que, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, se admite la colaboración del Reglamento con la Ley:

[...] En lo que se refiere al campo sancionador administrativo propiamente dicho, el principio de legalidad admite una descripción básica, producto de caracteres atribuidos en primera instancia, a la legalidad punitiva pero que resulten extensibles a la legalidad sancionadora en general. Así, este principio implica la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), lo cual tiene cierta correspondencia con el dispositivo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, no hay delito ni pena, sin ley penal previa. Entonces, la potestad sancionatoria requiere de una normativa que faculte a la Administración para actuar y aplicar determinada sanción administrativa [...].

De manera acertada la Sala delimita cuál es la incidencia concreta del principio de legalidad respecto del ejercicio de la potestad sancionadora. Empero, hay una inflexión que debe señalarse. Para la Sala Constitucional, el principio de legalidad garantiza “una descripción básica” del tipo infractor. En realidad, lo que se ha aceptado en Derecho Comparado e incluso, entre nosotros, es que la infracción administrativa debe estar tipificada exhaustivamente en la Ley; sus detalles ciertamente podrán ser complementados por el Reglamento, pero en modo alguno bastará una descripción básica: la descripción, se insiste, ha de ser exhaustiva. Como resume Rubio Llorente, debe ser la Ley -en sentido formal- la que contenga al menos la regulación esencial, tipificando así el ilícito y definiendo la sanción<sup>7</sup>. Alejandro Nieto -a quien cita la sentencia- afirma que en efecto, al Legislador puede serle difícil agotar la descripción de la infracción, remitiéndose en consecuencia al Reglamento, pero en tal caso -advierte Nieto- la Ley debe contener instrucciones suficientes a la Administración para que se complete su labor vía reglamentaria<sup>8</sup>. Es importante retener estas reflexiones, de cara a lo que precisará la sentencia comentada:

[...] Vistas las argumentaciones precedentemente expuestas, debe la Sala recordar que la actividad administrativa, por su propia naturaleza, se encuentra en un constante movimiento y evolución, suscitándose con frecuencia nuevas situaciones y necesidades que no pueden ser en su totalidad previstas por el legislador, estimándose por tanto que el sujetar la actuación de las autoridades administrativas, a lo que prescriba exclusivamente un texto de carácter legal, conllevaría indefectiblemente a que la gestión pública se torne ineficiente e incapaz de darle respuesta a las nuevas necesidades del colectivo.

<sup>7</sup>. *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 354

<sup>8</sup>. *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 267

Por ello se ha venido aceptando que es viable que el legislador, en la misma ley, faculte a la Administración para que dicte reglas y normas reguladoras de la función administrativa, que le permita tener cierta libertad de acción en el cumplimiento de sus funciones propias, lo cual de modo alguno puede estimarse como una transgresión de los principios de legalidad y de reserva legal.

Asimismo, el legislador delega en la Administración, la posibilidad de dictar normas para su eficaz funcionamiento, de manera de evitar que las autoridades públicas se constituyan en ejecutores mecánicos de decisiones dictadas previamente por él, lo que perjudicaría el cumplimiento de la gestión [...].

Bajo estos postulados, la Sala Constitucional aceptó que las *obligaciones* cuyo incumplimiento podía ser tipificado como infracción, podían estar contenidas en normas de rango sublegal. Con estos nuevos postulados, la Sala Constitucional, en sentencia de 17 de agosto de 2004, consideró que el actual régimen cambiario -basado en los artículos 110, 111 y 112 de la *Ley del Banco Central de Venezuela*- resultaba cónsono con la Constitución y especialmente, con el principio de legalidad. Entendió la Sala Constitucional que la configuración de Venezuela como Estado social impone una suerte de *matización a la reserva legal*, la cual solamente “...implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el propio legislador, pero al mismo tiempo permite que se recurra a normas de rango inferior para colaborar en la producción normativa más allá de ese contenido obligado...”. Advirtió la Sala Constitucional, además, que “...no todas las referencias que hace la Constitución a la ley establecen realmente una reserva legal...”. Sobre la base de estas consideraciones entendió la sentencia que los Convenios Cambiarios respondían a la suficiente habilitación legal que la Ley del Banco Central de Venezuela otorga al respecto:

[...] Ello así, considera la Sala que la remisión hecha por el legislador a los convenios cambiarios [...] no hacen posible una regulación independiente del régimen cambiario consagrado en la misma Ley del Banco Central de Venezuela, por lo que dichos convenios se encuentran claramente subordinados a ésta; por consiguiente, la remisión que hizo el legislador no constituye un caso de “deslegalización” que infrinja la reserva legal de la materia cambiaria [...].

Aun cuando la sentencia no ahonda en el análisis del alcance del principio de legalidad de las penas y sanciones, sí avaló la potestad sancionadora de la cual fue apertrechada CADIVI en la normativa cambiaria. De tal manera, había sido denunciado que CADIVI, conforme a los Decretos Presidenciales y Convenios Cambiarios dictados, podía ejercer potestades sancionadoras, específicamente, mediante la suspensión de la inscripción en el RUSAD, lo que resultaba contrario al principio de legalidad de las penas y sanciones. La Sala desestimó tal argumento al considerar que la referida suspensión no reviste naturaleza sancionadora:

[...] esta Sala considera que la suspensión de la tramitación de la solicitud de adquisición de divisas o de la solicitud de inscripción en el respectivo registro, mientras se realiza la correspondiente investigación, no constituye una sanción para el peticionante ni prejuzga sobre su responsabilidad en los hechos que se le imputan, ya que si se determina la veracidad o autenticidad de los datos y documentos suministrados, el trámite por él iniciado debe continuar en la misma fase en que éste fue suspendido [...].

De manera tal que, en la actualidad, el principio de legalidad es interpretado por la Sala Constitucional con un carácter relativo y matizado, tal y como reiteró, luego, en la decisión de 14 de septiembre de 2004, caso *nulidad de la Ley de Mercados de Capitales*. Bajo esta nueva interpretación se admite que la potestad punitiva puede ser ejercida ante la violación de obligaciones precisadas en actos sublegales.

Esa conclusión atempera el alcance del principio de legalidad respecto de la potestad sancionadora de la Administración, pero también, y especialmente, respecto la potestad punitiva ejercida por el Estado mediante penas privativas de libertad.

No obstante, la matización del principio de legalidad, para reconocer la potestad reglamentaria de la Administración, opera solamente en relación con los ilícitos administrativos, mas no con los ilícitos penales. La Administración carece, pues, de potestad normativa en materia penal.

### 3. *El principio de legalidad y la Ley contra los ilícitos cambiarios*

La *Ley contra los ilícitos cambiarios* tipifica dos tipos de sanciones: administrativas y penales, estas últimas consistentes en penas privativas de libertad. El rasgo común de esos ilícitos es que la infracción depende de la violación del régimen cambiario vigente, el cual, como se señaló, ha sido desarrollado en normas de rango sublegal.

Que las infracciones tipificadas en la Ley dependen de la violación de normas administrativas, es premisa que puede constatarse, en primer lugar, del artículo 3 de de la Ley:

[...] Esta Ley será aplicable a las personas naturales o jurídicas, que actuando en nombre propio o como administradores, intermediarios, verificadores o beneficiarios de las operaciones cambiarias, contravengan lo dispuesto en esta Ley, en los convenios suscritos en materia cambiaria por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela o cualquier norma de rango legal aplicable en esta materia [...]

Esos “convenios suscritos en materia cambiaria” son los Convenios Cambiarios, es decir, *actos administrativos complejos* dictados conjuntamente por el Poder Ejecutivo y el Banco Central de Venezuela. Junto a esta norma, el artículo 6 establece como infracción la violación a “cualquier otra norma que regule el régimen de administración cambiaria”, lo que incluye, además de los Decretos, las *providencias* dictadas por CADIVI.

De manera tal que la violación a esa normativa sublegal será considerada infracción y sancionada de conformidad con la *Ley contra los ilícitos cambiarios*. Dicha Ley tipifica, entonces, la sanción aplicable más no la infracción<sup>9</sup>. Sin embargo, y como un postulado meramente formal, el artículo 18 de la Ley señala que la potestad sancionadora de la Administración será ejercida de conformidad con el principio de legalidad. En realidad, sin embargo, tal principio sólo aplica a la tipificación de las sanciones y no de todas las infracciones, lo que supone un quebrantamiento al artículo 49.6 de la Constitución.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La *Ley contra los ilícitos cambiarios* aplica a varias categorías de sujetos.

### 1. *Los usuarios (directos e indirectos) del sistema de administración de divisas*

En *primer lugar*, la Ley aplica a quienes actúan como *usuarios* (directos o indirectos) del sistema de administración de divisas. Conforme al artículo 3, aquí se incluyen a las personas naturales o jurídicas, que actúen en nombre propio o como administradores, intermediarios, verificadores o beneficiarios de las operaciones cambiarias, lo que abarca a los usuarios inscritos en el RUSAD. En relación con esos sujetos, las infracciones estarán determinadas por la violación de las obligaciones establecidas en la normativa cambiaria que les resulta aplicable.

### 2. *Las personas que no son usuarias del sistema de administración de divisas*

En *segundo lugar*, la Ley rige, también, a cualquier otra persona que, no siendo usuaria del sistema, realice operaciones cambiarias<sup>10</sup>, es decir, de cambio de bolívares en divisas y viceversa. Incluimos, aquí, a todas las personas que, fuera del sistema de administración de divisas, realicen operaciones de cambio.

<sup>9</sup>. Con ciertas excepciones, pues como se verá, hay obligaciones establecidas en la Ley cuya violación da lugar al ejercicio de la potestad punitiva.

<sup>10</sup>. Conforme al artículo 2.3, se entiende por *operación cambiaria* la “...compra o venta de cualquier divisa con el bolívar, moneda de curso legal de la República Bolivariana de Venezuela...”.

### 3. Operadores cambiarios

En tercer lugar, la Ley se aplica a los operadores cambiarios, esto es, las "...personas jurídicas autorizadas por la legislación correspondiente y por la normativa dictada por el Banco Central de Venezuela que, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el órgano administrativo competente, realicen operaciones de corretaje o intermediación de divisas..." (artículo 2.2).

### 4. El caso especial de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

En cuarto y último lugar, la Ley aplica a los gerentes, administradores, directores o dependientes de una persona jurídica, cuando "...de sus hechos se evidencie la constitución de cualquiera de los ilícitos establecidos en esta Ley..." (artículo 3). En este sentido se observa que las personas jurídicas (una *sociedad mercantil*, por ejemplo) son sujetos pasivos de la Ley, aun cuando la infracción al régimen cambiario siempre sea cometida por sus gerentes, administradores, directores o dependientes, en tanto éstos obren cumpliendo la voluntad social de aquéllas<sup>11</sup>. En tal hipótesis la responsabilidad recae sobre la persona y no sobre sus dependientes. Por el contrario, si éstos cometen la infracción al margen de esa voluntad social (obrando con dolo o culpa grave) la responsabilidad no debería recaer sobre la persona jurídica, sino únicamente sobre sus dependientes, según la norma que se comenta.

En relación con lo expuesto, el artículo 17 de la Ley establece que la Administración sancionará las personas jurídicas con multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la operación, cuando "en su representación", los gerentes, administradores, directores o dependientes, incurran en algunos de los ilícitos previstos la Ley, valiéndose para ello de los recursos sociales de la persona jurídica o por decisión de sus órganos directivos incurrieren. La interpretación de la norma, como luego se verá, se presta a grandes confusiones.

De esa manera, si en el curso del procedimiento administrativo sancionador contra una persona jurídica (una empresa de importación, por ejemplo) la Administración no logra demostrar que la operación ilícita fue cometida por un gerente, administrador, director o dependiente siguiendo una decisión social (aprobada por los órganos de dirección de la empresa), no podrá exigirse la responsabilidad personal de esa persona jurídica. Una útil herramienta que puede solventar los problemas prácticos que aquí se señalan, es que los órganos de decisión de la persona jurídica aprueben un *manual interno* dirigido a sus empleados que tienen facultades para representarla (el caso regular de los gerentes, administradores, directores o dependientes), estableciendo las pautas a seguir para efectuar operaciones cambiarias, e implementando además mecanismos de control sobre el cumplimiento de ese manual. De tal manera, si un gerente, administrador, director o dependiente comete una infracción, quedará comprobado que tal infracción no responde a una voluntad social sino todo lo contrario, responde a una expresa violación de esa voluntad social, lo que puede constituir una causa extraña que exima de responsabilidad a la persona jurídica.

## III. DESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

La Ley establece diversas *infracciones*, estableciendo para cada una de ellas la correspondiente *sanción*, que podrá ser de índole *administrativa (multa)* o *penal*. Ocasionalmente, una misma infracción es sancionada con multa y con sanción penal. Ello no supone contradicción al principio conforme al cual nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa o *non bis in idem* (artículo 49.7 constitucional), dado que la responsabilidad administrativa es independiente a la responsabilidad penal; asunto muy distinto al anterior es que

---

<sup>11</sup>. No sucede así, obviamente, con la responsabilidad penal, la cual aplicará sólo a los gerentes, administradores, directores o dependientes, siempre y cuando, por supuesto, su culpabilidad personal pueda ser establecida.

existe prejudicialidad de la responsabilidad penal frente a la responsabilidad administrativa (sentencia de la Sala Constitucional de 17 de julio de 2002, caso *William Claret Girón*). En todo caso, la imposición simultánea de sanciones administrativas y penales puede resultar contraria al principio general de proporcionalidad que rige al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, lo que exige siempre adecuar la concurrencia de sanciones a ese principio de proporcionalidad (sentencia de la Sala Constitucional de 16 de marzo de 2005, caso *Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador*).

### 1. *Infracción simple*

El primer párrafo del artículo 6 establece la norma sancionadora básica y general del régimen punitivo establecido en la Ley. Nos referimos a la *infracción simple*, la cual se compone de tres elementos: (i) las *operaciones* que pueden dar lugar a la infracción; (ii) las *condiciones de ilicitud* de esas operaciones y (iii) el *límite cuantitativo* que determina el tipo de sanción aplicable.

- Así, en cuanto a las *operaciones* que pueden dar lugar a la infracción, el artículo 6 se refiere a la compra, venta, oferta, enajenación, transferencia, recepción, exportación o importación de divisas. La enumeración parece redundante, pudiendo ser reducida a tres tipos: enajenación (lo que incluye la compra y venta; transferencia y recepción); oferta de compra y venta y exportación e importación.

- En cuanto a la *condición de ilicitud*, la norma tipifica como infracción la realización de esas operaciones “en contravención a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Ley, los convenios suscritos por la República, o cualquier otra norma que regule el régimen de administración cambiario vigente a la fecha de la comisión del ilícito”. En tanto el régimen cambiario en vigor se compone fundamentalmente de normas sublegales, la condición de ilicitud de las operaciones descritas en la norma estarán determinadas por la violación a esa normativa, con independencia de la *norma infringida*, la *gravedad* de la violación o sus *consecuencias*. Cualquier operación de enajenación; oferta de compra y venta y exportación e importación de divisas, realizadas en contravención al régimen cambiario vigente, será considerada una infracción, aun cuando no necesariamente sancionable, como se verá. La gravedad de la violación importará, en todo caso, a los fines de graduar la sanción a imponer.

- El *elemento cuantitativo* está representado por cuantía monto de la operación ilegal de divisas. Tal cuantía será tomada en cuenta por *año calendario*, es decir, que no es relevante la cuantía *individual* de cada operación, sino la sumatoria global de todas las operaciones realizadas dentro del año calendario. De tal manera, se han fijado los siguientes umbrales:

- Si las operaciones ilícitas, en el curso de un año calendario, no superan el tope de diez mil un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (10.001 US\$), *no será aplicable ningún tipo de sanción*, salvo lo indicado más adelante en el punto 2.

- Si las operaciones ilícitas, en el curso de un año calendario, se ubican entre diez mil un dólar (US\$ 10.001,00) hasta veinte mil dólares (US\$ 20.000,00), de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras divisas, *se aplicará sanción de multa*, “...equivalente en bolívares al doble del excedente de la operación...”.

- Si las operaciones ilícitas, en el curso de un año calendario, superan los veinte mil un dólares (US\$ 20.001,00), de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras divisas, *se aplicará sanción privativa de libertad*, consistente en “...prisión de dos a seis años y multa equivalente en bolívares al doble del excedente de la operación. ...”.

Como consecuencia adicional, la norma establece que el Banco Central de Venezuela podrá exigir el “...reintegro o venta de las divisas...” transadas en las operaciones ilícitas “...según el ordenamiento jurídico aplicable...”, lo que dependerá de cada *providencia* que resulte aplicable.

Finalmente, el artículo 6 exceptúa a las "...operaciones en títulos valores...", esto es, las operaciones efectuadas con títulos valores con la intención de adquirir divisas, las cuales deberían entenderse exceptuadas de la Ley en tanto ellas, estrictamente, no están reñidas con el régimen cambiario en vigor.

### 2. *Infracción al principio de centralización del mercado de divisas*

La principal característica del actual régimen cambiario, como se indicó, es la centralización del mercado de divisas en el Banco Central de Venezuela, lo que implica que toda operación de compra y venta de divisas deberá efectuarse a través del Instituto Emisor.

Afianzando ese principio, el comentado artículo 6 en su párrafo segundo, dispone que "...es competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela, a través de los operadores cambiarios autorizados, la venta y compra de divisas por cualquier monto. Quien contravenga esta normativa se le aplicará una multa equivalente en bolívares al doble del monto de la operación...". Esto es, que quien compra y venda divisas directamente, y no a través del Banco Central de Venezuela (mediante los operadores cambiarios autorizados) será sancionado con la multa ahí prevista.

Para nosotros, esta infracción se solapa con la infracción simple tipificada en el primer párrafo en el artículo 6. En efecto, las operaciones de compra y venta de divisas efectuadas fuera del sistema centralizado del Banco Central de Venezuela infringen un principio básico del actual régimen cambiario, establecido en el artículo 1 del Convenio Cambiario n° 1. De allí que esa compra y venta sean operaciones contrarias al régimen cambiario, tipificadas como infracciones por el párrafo primero del artículo 6. Y simultáneamente, el párrafo segundo tipifica esa operación como infracción, sin prever límite cuantitativo alguno.

Teniendo en cuenta que las normas punitivas han de ser interpretadas siempre en el sentido más favorable al reo, como dimana del artículo 49 constitucional, podría establecerse que el párrafo segundo del artículo 6 de la Ley reitera el ilícito general consagrado en el párrafo primero de esa norma. Como consecuencia de ello, y visto que un mismo hecho no puede estar tipificado dos veces como infracción administrativa, al colidir ello con el artículo 49.7 de la Constitución, podría estimarse que la compra y venta de divisas fuera del régimen centralizado del Banco Central de Venezuela, será sancionada *de conformidad con el parámetro cuantitativo definido en el primer párrafo del artículo 6*, antes comentado, al tratarse, en realidad, del mismo ilícito establecido en esa norma.

### 3. *Infracción debida a engaño*

El artículo 7 tipifica otra infracción, definiendo la operación reputada ilegal y las características que ésta debe reunir.

Así, la operación reputada ilícita es la "obtención de divisas", es decir, su adquisición o compra. Adicionalmente, se exige que tal adquisición haya sido realizada "...mediante engaño, alegando causa falsa o valiéndose de cualquier otro medio fraudulento...". De tal manera, en nuestra opinión, quien *solicite y obtenga efectivamente* de la Administración Cambiaria divisas, mediante engaño, causa falsa o cualquier otro medio fraudulento, incurre en el ilícito establecido en la norma comentada, y será "...penado de tres a siete años de prisión y multa del doble del equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria, además de la venta o reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela...".

Ahora bien, si sólo media la solicitud de adquisición de divisas mediante engaño, causa falsa o mecanismos fraudulentos, mas no se llegaran a adquirir las divisas, al descubrirse esos medios fraudulentos, la pena "...se rebajará conforme a las disposiciones del Código Penal...".

El principio de culpabilidad, inherente a la garantía de la presunción de inocencia (artículo 49.2 constitucional) exige, en todo caso, que el *error* al cual se refiere la norma responda a dolo o culpa grave.

#### 4. *Desvío de divisas*

La infracción tipificada en el artículo 8 de la Ley exige la previa adquisición de divisas por parte de CADIVI, adquisición que, como tal, deberá estar destinada a cualquiera de las actividades expresamente contenidas en las *providencias* dictadas hasta ahora (por ejemplo, operaciones de importación y exportación).

Así, quien habiendo obtenido lícitamente divisas, destine éstas a fines distintos a los que motivaron la solicitud, será sancionado "...con prisión de tres a siete años y multa del doble del equivalente en bolívares de la operación cambiaria...".

#### 5. *Infracciones cometidas por funcionarios públicos*

Conforme al artículo 9, todo funcionario público que valiéndose de su condición o en razón de su cargo, *incurra, participe o coadyuve* a la comisión de cualquiera de los ilícitos establecidos en la Ley, se le aplicará "...la pena del ilícito cometido aumentada de un tercio a la mitad, sin menoscabo de las sanciones administrativas y disciplinarias a que haya lugar...". Nótese entonces que se alude a diversos grados de participación. La sanción aplicable, según la infracción cometida, podrá ser penal o administrativa y es por ello que no podrán establecerse las sanciones penales o administrativas tipificadas en Leyes especiales (por ejemplo, Ley contra la corrupción), en salvaguarda del derecho reconocido en el artículo 49.7 constitucional. Sí procederá concurrentemente la responsabilidad disciplinaria y, por supuesto, la responsabilidad civil.

#### 6. *Infracciones relacionadas con la oferta, compra y venta de bienes y servicios*

Una de las normas que sufrió algunas modificaciones en relación con los Proyectos elaborados es el artículo 14, que establece ilícitos relacionados con la oferta, compra y venta de bienes y servicios. Conviene fijar, en primer término, cuál es la operación descrita en la norma, para luego precisar la consecuencia aplicable.

La norma aplica a las *ofertas públicas o privadas realizadas en el país*, por personas naturales y jurídicas, para la compra o venta de bienes y servicios en *divisas*, siempre y cuando -y ello es relevante- tal oferta se realice "...en violación de los convenios suscritos por la República, la normativa cambiaria o las leyes de la República aplicables al respecto...". Esto es, que no se contempla como ilícita toda oferta de compra o venta de bienes y servicios en divisas, sino únicamente, las ofertas realizadas en contravención a Tratados, Leyes o la normativa cambiaria en vigor.

Al respecto, se observa que el principio general del Derecho venezolano, refrendado incluso por el artículo 118 de la Ley del Banco Central de Venezuela<sup>12</sup>, es la libertad de fijación de la moneda de pago para la realización de ofertas de compra y venta de bienes y servicios, y por supuesto, para la propia compra y venta. Sólo excepcionalmente se han establecido algunas restricciones al respecto: el artículo 87.7 de la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, en materia de contratos de adhesión, y el artículo 23 de la *Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda*, para las operaciones inmobiliarias allí descritas. De hecho, el actual régimen cambiario no impide fijar divisas como moneda de pago en operaciones de compra y venta de bienes y servicios. Sólo las ofertas que violen las prohibiciones existentes -como en los ejemplos citados- se subsumen dentro del artículo comentado.

---

<sup>12</sup>. Según esa norma, todos "...los memoriales, escritos, asientos o documentos que se presenten a los tribunales y otras oficinas públicas relativos a operaciones de intercambio internacional en que se expresen valores en moneda extranjera, deberán contener al mismo tiempo su equivalencia en bolívares...".

Pues bien, la norma regula tres sujetos pasivos en relación con la comisión de esa infracción:

- En *primer lugar*, quienes realicen tales ofertas de manera ilegal, serán sancionados "...con multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la oferta...".

- Además, y en *segundo lugar*, si la oferta ilegal de compra de bienes y servicios se ha efectuado de manera pública a través de un medio de comunicación social o "cualquier otra persona natural o jurídica que coadyuve a dar publicidad a este tipo de ofertas", se aplicará esa misma sanción a tales sujetos, lo que implica, obviamente, determinar su culpabilidad en la comisión de tal infracción.

- Por último, y en *tercer lugar*, la misma sanción será aplicada a "...quien autenticare o registrare con tales características en inobservancia a lo dispuesto en la Ley del Banco Central de Venezuela y a la normativa contenida en los Convenios Cambiarios...", referencia que alude, básicamente, a la obligación derivada del artículo 118 de la Ley del Banco Central de Venezuela, puesto que los Convenios Cambiarios en vigor nada dicen al respecto<sup>13</sup>.

#### 7. Infracciones relacionadas con el deber de declarar

Los artículos 4 y 5 de la Ley establecen el deber de declarar ciertas operaciones, consagrándose en el artículo 15 la infracción por la omisión de ese deber. Por ello, determinaremos, primero, en qué consiste ese deber de declarar para luego precisar cuál ha sido la infracción tipificada.

- La *primera* obligación de declarar ha sido establecida en el artículo 4 para las personas naturales o jurídicas que "...importen o exporten divisas, desde o hacia el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, por un monto superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.000,00) o su equivalente en otras divisas...". Tales sujetos están obligados a declarar ante CADIVI el monto y la naturaleza de la respectiva operación, salvo cuando esas operaciones se realicen con "...títulos valores emitidos por la República y adquiridos por las personas naturales o jurídicas o personas naturales no residentes, que se encuentren en situación de tránsito o turismo en el territorio nacional y cuya permanencia en el país sea inferior a ciento ochenta días continuos...". La excepción opera sólo en relación con el deber de declarar, mas no con la sujeción al resto de ilícitos establecidos en la Ley.

- La *segunda* obligación de declarar, prevista en el artículo 5, aplica a los exportadores de bienes o servicios, operaciones distintas a las enunciadas en el artículo 4. Cuando la operación de exportación ascienda a un monto superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.000,00) o su equivalente en otras divisas, los exportadores "...están obligados a declarar al Banco Central de Venezuela, a través de un operador Cambiario, los montos en divisas y las características de cada operación de exportación, a los fines de su posterior venta al ente emisor, en un plazo que no excederá de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de la declaración de la exportación ante las autoridades aduaneras correspondientes...".

Se exceptúan de este deber de declarar: (i) la República, sólo cuando "obre a través de sus órganos", expresión ciertamente equívoca, pero que ha de ser interpretada en el sentido que sólo la República -y no otras personas jurídicas del sector público- están exceptuadas, sin

---

<sup>13</sup>. De conformidad con el artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, la Dirección General de Registros y Notarías del Ministerio de Interior y Justicia, mediante circular de 28 de marzo de 2005, ha prohibido a los registros y notarías inscribir documentos de compra venta y de constitución de hipotecas en divisas. Esa prohibición sólo puede entenderse referida a inmuebles que funjan como vivienda, de conformidad con el citado artículo 23, dado que sólo esos inmuebles quedan regulados por la Ley en cuestión.

perjuicio de casos especiales establecidos en el propio artículo 5; (ii) Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA), en lo que concierne a su régimen especial de administración de divisas previsto en la Ley del Banco Central de Venezuela, y (iii) las Empresas -públicas y privadas- constituidas o que se constituyan para desarrollar cualesquiera de las actividades (aguas arriba o aguas abajo) a que se refiere la Ley Orgánica de Hidrocarburos, dentro de los límites y requisitos previstos en el respectivo convenio Cambiario, actualmente, el Convenio n° 1.

Pues bien, quien incumpla cualquiera de esas obligaciones de declarar, o quien haya culpablemente declarado o suministrado datos falsos o inexactos, será sancionado "...con multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria...".

#### 8. *Infracciones relacionadas con el régimen de ventas de divisas derivadas de exportaciones*

Hemos visto ya que el artículo 5 de la Ley establece la obligación del exportador de declarar el monto en divisas de la exportación y sus características, ello, a los fines de su "...posterior venta al ente emisor en un plazo que no excederá de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de la declaración de la exportación ante las autoridades aduaneras correspondientes...".

Sin embargo, el artículo 16 señala que la obligación de "reintegrar o vender" al Banco Central de Venezuela la totalidad o parte de las divisas obtenidas lícitamente a través de la operación de exportación, deberá cumplirse "...dentro de los quince días hábiles a la orden de reintegro o a la fecha de su disponibilidad material...". Esto es, que la obligación de *venta* -no ya de declaración- debe hacerse efectiva quince días hábiles después de la ocurrencia de cualquiera de estas dos situaciones: la notificación de la orden de reintegro o la disponibilidad material (es decir, efectiva) de las divisas obtenidas. De esa obligación se exceptúan operaciones realizadas por la República<sup>14</sup>.

De tal manera, quien incumpla esa obligación de venta será sancionado con "...multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria...". En caso de reincidencia, se aplicará el doble de esa multa.

#### 9. *Condición agravante por el uso de medios especiales*

El régimen cambiario en vigor, con fundamento en el principio de simplificación administrativa, se ha encauzado fundamentalmente a través de medios electrónicos. Por ello, el artículo 9 establece una condición agravante de los ilícitos establecidos en la Ley, que impliquen el uso indebido de esos recursos tecnológicos y en general, de instrumentos y mecanismos bancarios o financieros.

Así, cuando se cometa *cualquiera* de los delitos tipificados en la Ley, mediante el uso de medios electrónicos o informáticos, o de especiales conocimientos o instrumentos propios de la materia bancaria, financiera o contable, la pena "...será la del ilícito cometido aumentada de un tercio a la mitad, sin perjuicio de lo establecido en otras leyes especiales que regulen estas actividades...".

#### 10. *Los ilícitos cometidos por representantes de las personas jurídicas. De nuevo, sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*

Como vimos, el artículo 17 de la Ley parece consagrar un supuesto sancionador especial, referido a las personas jurídicas. Como sea que la redacción de la norma no es suficientemente clara, conviene fundamentar su análisis en una exégesis de su contenido, tomando en

<sup>14</sup> Confróntese lo ahí dispuesto con el artículo 27 del Convenio Cambiario n° 1, desarrollado también en el artículo 8 de la Providencia n° 61 (*Gaceta Oficial* n° 38.069 de 19 de noviembre de 2004).

cuenta las *operaciones* consideradas ilícitas; las *condiciones* que esas operaciones deben reunir para ser reputadas ilícitas; los *sujetos activos* de la infracción y finalmente, la *sanción* aplicable.

- La *operación* reputada ilícita consiste en la realización de cualquiera de los *ilícitos* tipificados en la Ley. Esto es, toda operación considerada infracción por la *Ley contra los ilícitos cambiarios*, será considerada también infracción a los fines del artículo 17 comentado, lo que exige analizar con detenimiento -como luego se hará- la compatibilidad de ese supuesto con la garantía reconocida en el artículo 49.7 constitucional.

- Para que esas operaciones se reputen infracciones de cara al artículo 17, se requiere cumplir, concurrentemente, con diversas condiciones. Así, la operación deberá ser realizada (i) por los gerentes, administradores, directores o dependientes de una persona jurídica; (ii) actuando en su representación y (iii) mediante el uso de sus recursos sociales o por decisión de sus órganos directivos.

- El sujeto activo es, por ello, la *persona jurídica*, en tanto la operación reputada ilícita ha sido realizada por terceras personas (gerentes, administradores, directores o dependientes) actuando como sus representantes.

- La *sanción* establecida es administrativa, y consiste en multa por "...el doble al equivalente en bolívares del monto de la operación...", sin perjuicio de la obligación de venta o reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela que se pudiera derivar del ilícito, de conformidad con el régimen concreto que resulte aplicable.

Llevado a cabo este análisis surgen sin embargo diversas dudas. La infracción tipificada en el artículo 17 se perfecciona por la comisión de otros ilícitos establecidos en la Ley, ilícitos que como tales serán sancionados. Incluso, como antes se vio, en el caso de las personas jurídicas (una sociedad mercantil, por ejemplo), la operación considerada ilegal será siempre realizada por una persona natural que actúa como órgano, representante o trabajador de tal persona (como es el caso de los gerentes, administradores, directores o dependientes). Con fundamento en el artículo 49.2 constitucional, los ilícitos realizados por esas terceras personas, respondiendo a una decisión de toda la persona jurídica, serán imputables a ésta; por el contrario, si esas terceras personas actúan al margen de esa *voluntad social*, con dolo o culpa grave, no podrá formularse juicio de reproche a la persona jurídica, subsistiendo sin embargo la responsabilidad personal de esas terceras personas, como parece asomar el artículo 3 de la Ley. Precisamente, si los gerentes, administradores, directores o dependientes actúan en representación de una persona jurídica, valiéndose para ello de sus recursos sociales o por decisión de sus órganos directivos, la infracción cometida *siempre será imputable a esa persona jurídica*.

Aquí se constata una grave contradicción. Los ilícitos establecidos en la Ley, como aclara su artículo 3, aplican tanto a personas naturales como a personas jurídicas. Respecto de estas últimas, sin embargo, el ilícito será materialmente cometido por personas naturales (un gerente, por ejemplo), sólo que, por las razones vistas, ese ilícito se imputa a la persona jurídica, la cual será el sujeto pasivo de sanciones administrativas. Nótese entonces que, en estos supuestos, la comisión de los ilícitos cambiarios dará lugar a la imposición de la sanción de multa que señalan cada una de las normas punitivas de la Ley, pero *simultáneamente*, esas operaciones ilícitas serán también sancionadas conforme al artículo 17. La persona jurídica será objeto, por ello, de dos sanciones: la contenida en la norma que regula el ilícito y la prevista en el artículo 17.

De llegarse a interpretar el artículo 17 de esa manera, se estará violando el artículo 49.7 de la Constitución. Piénsese así, por ejemplo, en la *infracción simple*. Las operaciones cambiarias ilícitas son efectuadas siempre por personas naturales: el gerente de una empresa

de importación, por ejemplo. Si la actuación de ese gerente refleja la existencia de una voluntad social (cuando el gerente hace uso de los recursos sociales de esa sociedad o cuando la operación responde a una decisión de sus órganos directivos) la infracción simple será imputada a la persona jurídica, quien será objeto de la sanción tipificada, en el ejemplo dado, en el artículo 6. Por el contrario, si no puede establecerse esa voluntad social, y en concreto, si la operación que realiza el gerente no compromete recursos de las personas jurídicas o no responde a una decisión de sus órganos colectivos, no será posible imputar el ilícito a la persona jurídica, subsistiendo en todo caso la responsabilidad personal del gerente. Notar que si la operación cambiaria ilícita realizada por el gerente es imputable a la persona jurídica, ésta será sancionada conforme al artículo 6, pero simultáneamente, la persona jurídica será también sancionada conforme al artículo 17, al reunirse todas las condiciones de procedencia del ilícito allí regulado, con lo cual se procurará una directa violación al artículo 49.7 de la Constitución, dado que para un mismo ilícito se tipifican dos sanciones administrativas concurrentes.

En consecuencia, debe procurarse una interpretación constitucional del aludido artículo 17, a fin de concluir que esa norma no consagra ningún ilícito, sino que en realidad, establece cuándo la operación cambiaria realizada por gerentes, administradores, directores o dependientes será imputable a la persona jurídica y cuando no.

#### IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

##### 1. *Formas de inicio*

El procedimiento sancionador para la determinación de los ilícitos administrativos establecidos en la Ley, será iniciado de oficio por la Administración Cambiaria, esto es, CADIVI, hasta tanto las competencias en materia cambiaria no sean asignadas a algún otro órgano (artículo 2.4). Para iniciar tales procedimientos CADIVI podrá hacer uso de las facultades de inspección derivadas del actual régimen cambiario. Igualmente, los hechos constitutivos de la presunta infracción podrán ser comunicados a la Administración a través de denuncia formulada por cualquier persona (artículo 19). Si los hechos abarcan la comisión de uno o más presuntos ilícitos por dos o más personas, podrá iniciarse un procedimiento contra todos esos sujetos, o varios procedimientos que podrán ser luego acumulados (artículo 20).

##### 2. *Garantía de los cargos previos*

El artículo 49.1 de la Constitución establece la garantía de los previos cargos, según la cual el sujeto pasivo de toda investigación punitiva debe conocer, previamente, qué hechos se le imputan y cuáles consecuencias jurídicas pueden derivar de esa imputación.

En previsión de esa garantía, el artículo 21 de la *Ley contra los ilícitos cambiarios* establece que el auto de apertura del procedimiento administrativo sancionador será dictado por la máxima autoridad de CADIVI, oída la opinión de la Consultoría Jurídica. Tal auto establecerá "...con claridad los hechos imputados y las consecuencias que pudiesen desprenderse de su constatación...". Ahora bien, una vez abierto el procedimiento, pueden acontecer dos situaciones, resueltas por el artículo 22:

- En *primer* lugar, si durante la investigación se determina que los hechos imputados pueden subsumirse en una infracción distinta a la establecida -a modo de presunción- en el auto de apertura, se notifica al sujeto pasivo a fin de iniciar un nuevo lapso de sustanciación, quedando pues sin efecto la primera imputación.

- En *segundo* lugar, si sobrevenidamente se determinan nuevos hechos no relacionados con el auto de apertura, que pueden subsumirse en otras infracciones, se iniciará otro procedimiento distinto.

El auto de apertura será notificado personalmente al sujeto imputado y, si tal notificación no fuere posible, se practicará la notificación por cartel "...en prensa nacional publicado por una sola vez, copia de lo cual será consignada en el domicilio, sede social, establecimiento permanente o base fija del presunto infractor en los cinco días hábiles siguientes a su publicación en la prensa nacional..." (artículo 21).

### 3. *Lapso de sustanciación*

Notificado el auto de apertura se iniciará un lapso de quince días hábiles para que el sujeto investigado alegue y pruebe en su defensa (artículo 21). La sustanciación quedará a cargo de la Consultoría Jurídica de CADIVI, quien podrá, de oficio, ordenar las actuaciones conducentes para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados, tal y como prevé el artículo 24 de la Ley, reiterando el artículo 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Recordar que, en tanto derivación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, la carga de la prueba corresponde exclusivamente a la Administración (sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003).

Estas potestades inquisitivas abarcan, entre otras, las siguientes medidas: llamar a declarar a cualquier persona en relación con la presunta infracción; requerir de las personas relacionadas con el procedimiento, documentos o información pertinente para el esclarecimiento de los hechos; emplazar, mediante la prensa nacional o regional, a cualquier otra persona interesada que pudiese suministrar información relacionada con la presunta infracción; solicitar a otros organismos públicos, información relevante respecto de las personas involucradas, siempre que la información que ellos tuvieren no hubiese sido declarada confidencial o secreta de conformidad con la Ley (medida que debe interpretarse conforme al artículo 54 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos); realizar las inspecciones que consideren pertinentes, a los fines de la investigación y evacuar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto del procedimiento sancionador (de conformidad con el principio de flexibilidad probatoria establecido en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).

La sustanciación durará treinta días continuos, prorrogables por diez días más.

### 4. *La decisión y su ejecución*

Culminada la sustanciación el expediente será remitido a la máxima autoridad de CADIVI para la adopción de la decisión, aun cuando puede, también, dictar las medidas de instrucción que estime pertinentes. El acto conclusivo del procedimiento deberá ser dictado dentro de los quince días continuos siguientes a la recepción del expediente, lapso que podrá ser prorrogado mediante auto razonado hasta por quince días continuos más (artículo 25).

La decisión, conforme al artículo 26, determinará si se cometió o no la infracción investigada y en caso afirmativo establecerá la sanción aplicable, atendiendo al principio general de proporcionalidad, que obliga a graduar las sanciones según las condiciones agravantes o atenuantes apreciadas.

La Ley reguló también la *ejecución* de dicha decisión. De tal manera, el sujeto sancionado deberá dar cumplimiento voluntario a la sanción dentro del lapso que al efecto fije la Administración, que "...en el caso de imposición de multas no será un término mayor de diez días hábiles bancarios para su pago..." (artículo 27). La expresión no luce clara pues conforme a la *Ley contra los ilícitos cambiarios*, la única sanción administrativa tipificada es la multa.

De no ejecutarse voluntariamente la multa, la Administración quedará facultada para "...ejecutarla forzosamente de conformidad con lo dispuesto en la ley que rige la materia de los procedimientos administrativos, salvo que por expresa decisión legal deba ser encomendada a una autoridad judicial...". En realidad, conforme al artículo 80.2 de la Ley Orgánica

de Procedimientos Administrativos, la ejecución de actos administrativos de cumplimiento personal (como el pago de una suma de dinero) no podrá ser realizada en especie sino por equivalente, al contemplar la Ley un sistema de multas coercitivas que sólo fungen como incentivo para el pago de la multa, lo que resulta cuando menos contradictorio pues las multas tampoco puede ser cobradas coactivamente. Esto es, que no puede la Administración, mediante un procedimiento ejecutivo, obtener el cobro coactivo de la multa impuesta.

#### 5. *Recursos contra la decisión*

La dudosa disposición del artículo 3 del Convenio Cambiario n° 1, en cuanto a que las decisiones de CADIVI agotan la vía administrativa, ha quedado confirmada por la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que suprimió tácitamente el agotamiento de la vía administrativa como condición de admisibilidad del recurso contencioso administrativo de nulidad.

Por ello, el acto dictado por la Comisión podrá ser impugnado directamente ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo (sentencia n° 1900 de 27 de octubre de 2004 de la Sala Político-Administrativa, caso *Marlon Rodríguez*) o también ante la propia Administración, mediante los recursos establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

#### 6. *Prescripción*

La prescripción de las sanciones administrativas será de tres años, contados a partir de la fecha de la infracción, y para las infracciones continuadas o permanentes, se comenzará a computar desde el día en que haya cesado la continuación o permanencia del hecho (artículo 28).

# DOCTRINA ADMINISTRATIVA



# Doctrina Administrativa

## *Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Segundo y Tercer Trimestre Año 2005\**

Recopilación y selección  
por José Ignacio Hernández G.  
*Profesor de la Universidad Monteávila,  
Universidad Central de Venezuela y  
Profesor Invitado del Instituto de  
Estudios Superiores de Administración (IESA)*

### SUMARIO

#### I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia.* A. Concepto y funciones de la libre competencia. B. Naturaleza y funciones de la SPPLC. C. El poder de mercado. 2. *El mercado relevante.* A. Concepto de mercado relevante. B. Definición de mercado producto. C. Definición de mercado geográfico.

#### II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas exclusionarias.* A. Principios generales de las prácticas exclusionarias. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de las prácticas exclusionarias. 2. *Manipulación de factores de producción.* A. Principios generales de la manipulación de factores de producción. B. Condiciones de procedencia de la manipulación de factores de producción. 3. *Concentraciones económicas.* A. Concepto de concentraciones económicas. B. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas. 4. *El abuso de la posición de dominio.* A. Principios generales del abuso de la posición de dominio. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de abuso de la posición de dominio. 5. *Competencia desleal.* A. Principios generales de la competencia desleal. B. El aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

---

\* Abreviaturas utilizadas: DA/RDP: Doctrina Administrativa contentiva de las Resoluciones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. LPPLC: Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. SPPLC: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. El texto de las Resoluciones ha sido tomado de la página [www.procompetencia.gov.ve](http://www.procompetencia.gov.ve). Se agrupan aquí las decisiones correspondientes al segundo y tercer trimestre del año 2005. Para facilitar el análisis concordado de las Resoluciones de la SPPLC, nos referimos, cuando sea pertinente, a las Resoluciones de la SPPLC contenidas en anteriores recopilaciones aparecidas en esta Revista, mediante un llamado que indica el número de la Revista (DA/RDP) y la página en la cual se encuentra la remisión.

























riamente debe existir una relación de competencia sólo es una presunción general, pero no implica que, de la estructura del supuesto de hecho de un tipo concreto no pueda derivarse la necesidad de una relación de competencia.

Esto es lo que sucede justamente en el supuesto en estudio, que por su propia finalidad exige que entre el simulador de imagen de servicio y el pionero exista una relación de competencia. En efecto, si la simulación de imagen de servicio no se usa en competencia con la prestación pionera, no es posible que impida o dificulte la amortización por parte del pionero de sus costes de producción y por tanto no tendría sentido su declaración como acto de competencia desleal.

# JURISPRUDENCIA







































































































Por otra parte, las oposiciones al permiso o autorización para viajar, a juicio de la Sala, no son simples desacuerdos entre las partes sobre aspectos del contenido de la guarda, el cual tiene previsto un procedimiento en el artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, sino que por el desarraigo posible, conlleva una modificación a la guarda que, tal como la señala el artículo 363 de esa ley “debe ser decidido por vía judicial, requiriéndose para ello, el procedimiento previsto en el Capítulo VI de este Título” (artículos 511 y siguientes del procedimiento especial de alimentos y guarda).

En consecuencia, cuando surja una oposición a la autorización para viajar, bien porque la misma surgió extraprocesalmente o porque nació en presencia del juez al solicitarse ante él la autorización, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el permiso debe ser negado, a fin de que se ventile por el procedimiento especial de guarda, correspondiendo a la sentencia que allí se dicte negar o autorizar el viaje.

Dado a que con esta interpretación se resuelve incluso lo de la esencia del proceso de autorización, lo que con anterioridad no se había hecho, esta interpretación vinculante surtirá efectos desde la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* hacia adelante, y no con relación a las autorizaciones que tuvieron lugar antes de esa fecha. Sin embargo, las autorizaciones anteriores con carácter indefinido, deberán ser renovadas conforme a lo expuesto en este fallo.

Con respecto al artículo 18.1 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño (*G. O. n° 34541* de 29 de agosto de 1990), al cual fue mal identificado en la solicitud de interpretación, la Sala se abstiene de interpretarla, ya que su texto es coincidente en esencia con el artículo 76 constitucional, y así se declara.

6. *Derechos de los Pueblos Indígenas: Derecho a la participación política*

**TSJ-SE (79)**

**6-7-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Comunidad Indígena Chaima Santa María de Los Ángeles Del Guácharo vs. Consejo Nacional Electoral.

**No pueden desconocerse los derechos políticos de una comunidad indígena por la sola situación de que una norma constitucional transitoria (cláusula transitoria séptima) establezca temporalmente un requisito técnico, como lo es el uso del censo de 1992, por encima de la realidad constatada por el propio Estado de la existencia de dicha comunidad y su asentamiento en un espacio determinado, ya que se estaría contradiciendo los principios fundamentales de la propia Constitución y afectando el contenido esencial del derecho fundamental a la participación política de las comunidades indígenas, que en este caso es en definitiva el valor jurídico expresado por la Constitución y que merece la protección judicial que brinda el Estado para el respeto de los preceptos constitucionales.**

Así las cosas, debe observar esta Sala Electoral que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza la participación política de los pueblos indígenas en los siguientes términos:

*“Artículo 125. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley.”*

Del contenido de este artículo se desprende que efectivamente existe un derecho constitucional de las comunidades indígenas de tener una representación propia ante los órganos deliberantes de las entidades federales en las que se encuentran, así como la obligación del Estado de garantizar dicha representación de los pueblos indígenas ante dichos órganos deli-

berantes locales, tal como es el caso de los Concejos Municipales, derecho este que además ha sido expresamente reconocido en el artículo 51 de la recientemente aprobada Ley Orgánica del Poder Público Municipal:

*“Artículo 51. Los pueblos y comunidades indígenas deberán tener participación política en los municipios en cuya jurisdicción esté asentada su comunidad y, en tal sentido, debe garantizarse la representación indígena en el Concejo Municipal y en las Juntas Parroquiales. (...)”*

En este sentido la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece, en su cláusula transitoria séptima, los requisitos que deben tomarse en cuenta para la inclusión de las comunidades indígenas dentro de procesos electorales, como el que incumbe a la presente causa, en los siguientes términos:

*“Séptima. A los fines previstos en el artículo 125 de esta Constitución, mientras se apruebe la ley orgánica correspondiente, la elección de los y las representantes indígenas a la Asamblea Nacional, a los Consejos Legislativos Estadales y a los Consejos Municipales, se regirá por los siguientes requisitos de postulación y mecanismos:*

*Todas las comunidades u organizaciones indígenas podrán postular candidatos y candidatas que sean indígenas.*

*Es requisito indispensable, para ser candidato o candidata, hablar su idioma indígena, y cumplir con, al menos, una de las siguientes condiciones:*

- 1. Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad.*
- 2. Tener conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural.*
- 3. Haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas.*
- 4. Pertenecer a una organización indígena legalmente constituida con un mínimo de tres años de funcionamiento.*

*Se establecerán tres regiones: Occidente, compuesta por los Estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, compuesta por los Estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los Estados Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Anzoátegui y Sucre.*

*Cada uno de los Estados que componen las regiones elegirá un representante. El Consejo Nacional Electoral declarará electo al candidato o electa a la candidata que hubiere obtenido la mayoría de los votos válidos en su respectiva región o circunscripción.*

*Los candidatos o las candidatas indígenas estarán en el tarjetón de su respectivo Estado o circunscripción y todos los electores o electoras de ese Estado podrán votarlos o votarlas.*

*Para los efectos de la representación indígena en los Consejos Legislativos y en los Consejos Municipales de los Estados y Municipios con población indígena, se tomará el censo oficial de 1992 de la Oficina Central de Estadística e Informática. Las elecciones se realizarán de acuerdo con las normas y requisitos aquí establecidos.*

*El Consejo Nacional Electoral garantizará con apoyo de expertos o expertas indigenistas y organizaciones indígenas el cumplimiento de los requisitos aquí señalados.”*

Debe destacarse que esta norma constitucional de carácter transitorio sigue vigente hoy en día, en tanto que a la fecha, a pesar de haber transcurrido más de cinco (5) años de la entrada en vigencia de la Carta Fundamental, la Asamblea Nacional no ha sancionado la Ley Orgánica correspondiente, ni ha sido declarada por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia la inconstitucionalidad de la omisión del legislador a este respecto, estableciendo en consecuencia algún tipo de lineamiento para su corrección. En tal razón, deben seguirse las pautas establecidas en esta norma constitucional para la elección de los representantes indígenas.

Así las cosas, el Consejo Nacional Electoral, interpretando al pie de la letra la cláusula transitoria citada, no incluyó a la comunidad indígena Chaima ubicada en el Municipio Ribero del Estado Sucre, por cuanto en el censo de 1992 no se les tomó en cuenta como comunidad indígena y es por esta razón que según el máximo órgano electoral no tendrían derecho a postular y elegir un representante indígena ante el Concejo Municipal en dicho municipio.

Ahora bien, el reconocimiento de los pueblos indígenas por parte del Estado venezolano está consagrado en el artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los siguientes términos:

*“Artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley.”*

Y la propia Carta Fundamental establece un lapso de dos años para la demarcación del hábitat indígena a que se refiere el citado artículo en la cláusula transitoria duodécima:

*“Decimosegunda. La demarcación del hábitat indígena, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se realizará dentro del lapso de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución.”*

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada por el pueblo venezolano en referendo celebrado el 15 de diciembre de 1999, se realizó un censo poblacional en el año 2001, en el cual se reconoce que en el Municipio Ribero del Estado Sucre se encuentra la mayor concentración de indígenas de dicho Estado, con una cantidad de 1.366 habitantes (según consta al folio 28 del expediente administrativo), cantidad esta que es evidentemente superior a la exigida para tener derecho a una representación indígena ante el Concejo Municipal que es de doscientos cincuenta (250) habitantes según establece el artículo 20 de las Normas de Postulación de Candidatas o Candidatos a Concejala o Concejal de Municipio y Miembros de la Junta Parroquial, para las Elecciones a celebrarse en 2005.

En ese orden de ideas, cabe señalar que el Estado venezolano ha reconocido a la comunidad indígena Chaima del Estado Sucre, no sólo en el mencionado censo realizado en octubre de 2001, sino que también lo ha hecho en otras ocasiones, tal como lo hiciera la Asamblea Nacional en la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos indígenas promulgada el 12 de enero de 2001, la cual identifica a dicha comunidad en su artículo 14, abarcada dentro del Proceso Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas. Igualmente se ha aceptado anteriormente que esta comunidad postulare un representante indígena ante el Consejo Legislativo del Estado Sucre así como la participación de éstos en el proceso constituyente de 1999, dentro del ámbito de la escogencia de la representación indígena a la Asamblea Nacional Constituyente así como la expedición de cédulas indígenas para sus miembros por parte del órgano del Ejecutivo Nacional correspondiente.

Considera esta Sala entonces que, si bien la interpretación literal de la cláusula transitoria séptima de la Constitución de la República implicaría la utilización del censo de 1992 como parámetro para determinar la representación indígena ante los Concejos Municipales, en el presente caso dicha interpretación literal llevaría al absurdo de no admitir los derechos políticos de una comunidad indígena que ha sido suficientemente reconocida como tal por el Estado venezolano, lo cual tendría el resultado paradójico de que a la vez que se da cumpli-

miento fiel a una norma constitucional de carácter temporal, se estaría al mismo tiempo menoscabando derechos constitucionales de las poblaciones originarias que son reconocidos en la propia Carta Fundamental.

Ante este dilema estima esta Sala que en este caso debe darse preponderancia a los derechos de la comunidad indígena, en tanto que obedece a la filosofía y principios de la propia Constitución y que es deber constitucional del Estado garantizar los derechos de los indígenas. De allí que no pueden estos dejarse a un lado por la aplicación literal de una norma cuyo objetivo era regular las elecciones de los representantes indígenas hasta tanto se dictara la Ley correspondiente, que luego de cinco (5) años de vigencia no ha sido aprobada por la Asamblea Nacional, a pesar del plazo de dos (2) años establecido en la cláusula transitoria sexta de la Constitución para que se legislara sobre las materias relacionadas con la misma, otorgando además prioridad a la materia relativa a las comunidades indígenas:

*“Sexta. La Asamblea Nacional en un lapso de dos años legislará sobre todas las materias relacionadas con esta Constitución. Se le dará prioridad a las leyes orgánicas sobre pueblos indígenas, educación y fronteras”.*

En ese orden de ideas, el hecho de que transcurridos ya más de cinco (5) años desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no haya sido dictada la ley correspondiente, evidencia una demora del propio Estado en regularizar los procesos electorales de las comunidades indígenas. Ante esa situación, resultaría contrario a los principios y valores de la Constitución que se le negase a una comunidad indígena su derecho constitucional a participar políticamente como tal dentro del Municipio en el que residen como consecuencia del referido, por lo que al no ser imputable a la comunidad Chaima del Estado Sucre la demora en la aprobación de la legislación correspondiente, no debe ésta soportar las consecuencias del rezago del Estado en legislar sobre la materia.

En este sentido el tratadista español Eduardo García de Enterría apunta:

*“La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un <<orden de valores>> materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva.(...)”*

*Recuperamos así un tema con el que comenzamos este estudio: el valor específico de la Constitución no como una norma cualquiera, de cualquier contenido, sino precisamente como portadora de unos determinados valores materiales.*

*Estos valores no son simple retórica, (...) son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación.*

(...)

*Se proclaman así estos preceptos ‘decisiones políticas fundamentales’, en la terminología de SCHMITT, decisiones que fundamentan todo el sistema constitucional en su conjunto(...)*

*El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho BACHOF y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles ‘normas constitucionales inconstitucionales’ (verfassungswidige Verfassungsnormen), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución(,,)”(García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Tercera Edición. Madrid, 2001, pp. 97-99.*

Siguiendo estas premisas, es claro que el Constituyente venezolano tomó la decisión “política” de garantizar la participación política de las comunidades indígenas, como medio para lograr uno de los fines del Estado, los cuales se encuentran definidos a lo largo del texto normativo de la Constitución. En ese sentido, el Constituyente declara desde el mismo Preámbulo de la norma fundamental, como objetivo, el de refundar la República para establecer una sociedad democrática, multiétnica y pluricultural:

*“El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones (...)”*(resaltado de la Sala).

Esta declaración contenida en el Preámbulo es absolutamente relevante en tanto que esta parte de la Constitución, si bien no contiene imperativos concretos “constituye la base fundamental, el presupuesto que sirve de fundamento a la norma constitucional” (Sentencia del 8 de agosto de 1989 de la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa), por lo que debe ser tomada en cuenta en cualquier interpretación que se haga del texto de la Carta Magna en tanto que contiene los valores y sentido de la misma.

Así las cosas, no pueden desconocerse los derechos políticos de una comunidad indígena por la sola situación de que una norma constitucional transitoria establezca temporalmente un requisito técnico, como lo es el uso del censo de 1992, por encima de la realidad constatada por el propio Estado de la existencia de dicha comunidad y su asentamiento en un espacio determinado, ya que se estaría contradiciendo los principios fundamentales de la propia Constitución y afectando el contenido esencial del derecho fundamental a la participación política de las comunidades indígenas, que en este caso es en definitiva el valor jurídico expresado por la Constitución y que merece la protección judicial que brinda el Estado para el respeto de los preceptos constitucionales.

En este sentido también ha ahondando la doctrina extranjera, hasta el punto que el Tribunal Constitucional español ha establecido que “la interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental (...) *ha de hacerse considerando la constitución como un todo, en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir de acuerdo a una interpretación sistemática*” (STC S/1983, 4 de febrero, FJ5º).

Es así, como este órgano judicial debe, sobre todas las cosas, garantizar el efectivo respeto de los derechos fundamentales, que en el presente caso sería, como se ha dicho, el de participación política de las comunidades indígenas. En ese sentido, en relación con la garantía estatal del ejercicio de los derechos fundamentales, señala la doctrina nacional lo siguiente:

*“En este sentido debemos comenzar por señalar que el artículo 19 de la Constitución de 1999, dispone la obligación de Estado de garantizar <<a toda persona>> el goce y ejercicio de los derechos humanos, sin discriminación alguna, con lo cual se reconoce la universalidad de los derechos fundamentales.*

*Asimismo, esta garantía estatal sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos debe realizarse -tal como se establece en el mismo artículo- ‘conforme al principio de progresividad’; principio este que garantiza que toda interpretación de las normas constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales, debe realizarse de la forma más favorable posible al goce y ejercicio de estos derechos.*

*El imperativo que dimana de este principio obliga a todas las autoridades estatales, pues de acuerdo con la misma norma constitucional, el respeto y garantía de los derechos humanos ‘son obligatorios para los órganos del Poder Público’ luego, sin lugar a dudas,*

*todos los órganos del Poder Público, incluyendo, por supuesto, a los órganos del Poder Judicial en el cumplimiento de su función de administrar justicia, deben aportar, en todo momento una interpretación de las normas pertinentes que favorezca el goce y ejercicio de los derechos fundamentales*”(resaltado de la Sala). (Martínez Hernández, Luis y Juan Rafael Perdomo (coordinadores) *El derecho a la jurisdicción en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004) pp. 21-22.

Así pues, la interpretación literal de la cláusula transitoria séptima en el presente caso llevaría consigo la contradicción con varios de los valores de la Carta Fundamental, tal como lo son la instauración de una sociedad democrática, participativa, multiétnica y pluricultural, además de la vulneración de un derecho fundamental (de participación política de las comunidades indígenas), lo cual convierte a dicha interpretación literal de la norma transitoria (y no a esta última en sí) en inconstitucional, por lo que resulta necesario hacer una interpretación *pro actione* de la misma, que garantice el cumplimiento de los principios constitucionales, dada la fuerza expansiva de los derechos fundamentales que implica que todo el ordenamiento jurídico y la interpretación que se haga del mismo vaya encaminado a lograr el respeto y efectivo ejercicio de dichos derechos, lo cual implica que las limitaciones que se establezcan a dichos derechos no pueden afectar su contenido esencial, especialmente cuando, como en este caso, tales limitaciones obedecen a razones “operativas” para lograr el ejercicio efectivo del derecho fundamental y no a motivos válidos como lo sería la preservación de otros derechos fundamentales.

En este mismo orden de razonamiento la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de ese país han establecido:

*“De la unidad del ordenamiento deriva la necesaria concordancia de las normas que lo integran, por lo que la concurrencia de las normas limitadoras y las limitadas -normas que establecen los límites y las normas de derechos fundamentales- que se plasma en el entrelazamiento entre ambas, conduce a que éstas se limiten recíprocamente. En este sentido, ni los derechos fundamentales ni las normas que los limitan son absolutos, pues si los derechos pueden ser intervenidos por el legislador a través de los límites, éstos no pueden afectar a los derechos de forma tal que los hagan peligrar. Tanto el Tribunal Constitucional, desde su más temprana jurisprudencia, como la doctrina española en su conjunto, afirman que si los derechos y libertades no son absolutos <<menos aún puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos>>. Pues, <<tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Se produce pues, un régimen de concurrencia normativa, que no de exclusión>>.*

*“Así las cosas, visto lo anterior, se comprueba que la concurrencia de las normas deviene de que tanto los derechos individuales como sus límites en cuanto que éstos derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo. 10.1º C.E. como <<fundamento del orden político y de la paz social>>. Dicha concurrencia normativa entraña que <<unas y otras operen con el mismo grado de vinculatoriedad y actúen recíprocamente. Como resultado de esta interacción la fuerza expansiva de todo derecho fundamental va a restringir el alcance de las normas que establecen límites al ejercicio de un derecho y de aquí es de donde deriva la exigencia constitucional de que <<los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia de tales derechos>> v., Francisco Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*, cit., p.102.”(resaltado de la Sala) Aba Catoira, Ana, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del tribunal constitucional español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp.193-194).*

Así las cosas, vemos como en el presente caso la cláusula transitoria séptima de la Constitución establece una limitación técnica al ejercicio del derecho fundamental de la participación política de los indígenas, lo cual significa que para su aplicación debe interpretarse

de una manera armónica con el resto de la Constitución, de modo de no afectar el contenido esencial del derecho fundamental y obviamente interpretando de manera restrictiva la limitación a tal derecho.

Concluye entonces esta Sala que en el presente caso, demostrado como ha sido el reconocimiento que el Estado venezolano ha hecho de la comunidad indígena Chaima residente en el Municipio Ribero del Estado Sucre, resultaría contrario al espíritu de la Constitución la aplicación irrestricta y literal de una norma “procedimental” que los excluiría del ejercicio de su derecho a contar con una representación propia ante el Concejo Municipal del municipio en el que están asentados. De allí que, en aras de la preservación del derecho fundamental de participación política de las comunidades indígenas, la referida comunidad debe ser tomada en cuenta para el proceso electoral que está en curso, y en ese sentido permítirsele escoger un representante propio ante el Concejo Municipal. Ello, a pesar de lo que se evidenciaría de una interpretación literal de la Disposición Transitoria Séptima de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la utilización del censo del año 1992, ya que la aplicación de los datos contenidos en ese censo, que no refleja la existencia de la comunidad indígena Chaima en el Municipio Ribero del Estado Sucre, resultaría inconstitucional en el presente caso, al contradecir los principios, espíritu y finalidad del texto fundamental.

Una vez aceptado lo anterior, observa esta Sala que en el Municipio Ribero del Estado Sucre se dan los extremos necesarios para la elección de un representante de las comunidades indígenas ante el Concejo Municipal, así como para la postulación, por parte de la comunidad Chaima de candidatos para dicho cargo, en virtud de lo previsto en los artículos 20 y 21 de las Normas de Postulación de Candidatas o Candidatos a Concejala o Concejal de Municipio y Miembros de la Junta Parroquial para las elecciones a celebrarse en 2005, que disponen:

*“ARTÍCULO 20: En cada Municipio con población superior o igual a doscientos cincuenta (250) indígenas, se elegirá un (01) concejal o concejala indígena para integrar al Concejo Municipal respectivo, conforme a la disposición séptima de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*

*ARTÍCULO 21: Las Organizaciones y Comunidades Indígenas sólo podrán postular candidatas o candidatos a concejala o concejal Municipal en aquellos Municipios donde exista población indígena mayor o igual a doscientos cincuenta (250) indígenas y cumplan con los requisitos de postulaciones establecidos en el artículo siguiente de estas normas.”*

En razón de los razonamientos anteriores esta Sala Electoral debe declarar CON LUGAR el recurso contencioso electoral interpuesto y ordenar al Consejo Nacional Electoral que convoque el proceso electoral para la escogencia de un (1) representante indígena ante el Concejo Municipal del Municipio Ribero del Estado Sucre dentro del marco de las elecciones municipales en curso. Así se decide.

En virtud del hecho notorio de que el acto de votaciones de las elecciones municipales para la escogencia de representantes ante los Concejos Municipales se realizará en todo el país el próximo 7 de agosto de 2005, se ordena al Consejo Nacional Electoral a que, de ser posible, ajuste los lapsos para que en el municipio Ribero del Estado Sucre los ciudadanos puedan ejercer su derecho al sufragio ese mismo día. Así se declara.

#### 7. Derechos Políticos

##### A. Derechos de los miembros de la Fuerza Armada Nacional

TSJ-SPA (5145)

21-7-2005

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Héctor Rafael Ramírez Pérez vs. Ministerio de la Defensa.

Si bien el Constituyente de 1999 le confirió a los miembros de la Fuerza Armada Nacional el derecho al sufragio (artículo 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) con el ánimo de evitar discriminaciones en un derecho político inherente a todos los ciudadanos de la República, esta previsión no los habilita al ejercicio irrestricto del resto de los derechos políticos, por el contrario, con relación a ellos se impone atender a las limitaciones que le son propias a la vida castrense, establecidas en la normativa legal y reglamentaria que los rige.

En cuanto a la denunciada violación del principio de *Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege*, esta Sala observa que el Reglamento de Servicio de Guarnición en su primer artículo establece que éste tiene por objeto "...dictar las **normas que habrán de regular las actividades del Servicio de Guarnición, las que deben observar los militares fuera de sus cuarteles y aquellas sobre las relaciones que deben existir entre las autoridades militares y civiles**". (Destacado de la Sala)

De acuerdo al artículo 84 de este Reglamento, todo miembro de la Fuerza Armada Nacional puede expresar sus ideas acerca de asuntos científicos, técnicos, artísticos, literarios y deportivos mediante charlas, discursos, conferencias, **alocuciones o publicaciones en órganos de prensa u otros medios** de divulgación, pero para ello **deberán presentarlas previamente por escrito a su Comando respectivo**.

Asimismo cabe destacar, que el artículo 80 contiene **la expresa prohibición a todo militar "...en situación de actividad o disponibilidad tomar parte en polémicas o luchas de partidos políticos, ya sea asistiendo a reuniones públicas de carácter político, ya manifestando públicamente su opinión o bien, frecuentando sociedades o asociaciones cuyas tendencias sean políticas o antinacionalistas (...)**". (Destacado de la Sala)

Estas disposiciones desarrollan la norma establecida en el artículo 348 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, según la cual: "*Los militares en situación de actividad o de disponibilidad no podrán dar declaraciones ni hacer publicaciones por los medios de comunicación social sobre asuntos militares ni políticos, sin la debida autorización del Ministro de la Defensa*". (Destacado de la Sala)

En el caso de autos, y de acuerdo a las disposiciones parcialmente transcritas, ciertamente, y a diferencia de lo sostenido por el recurrente, sí les está prohibido a los miembros de la Fuerza Armada Nacional expresarse sobre asuntos de evidente carácter político sin la debida autorización del Ministro de la Defensa.

En tal sentido se impone reiterar lo establecido por esta Sala en sus decisiones n° 02587, 02143, 02353, 02354 y 03956, publicadas el 08/12/04, 21/04/05, 28/04/05, 28/04/05 y 09/06/05 respectivamente, en cuanto a que si bien el Constituyente de 1999 le confirió a los miembros de la Fuerza Armada Nacional el derecho al sufragio (artículo 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) con el ánimo de evitar discriminaciones en un derecho político inherente a todos los ciudadanos de la República, esta previsión no los habilita al ejercicio irrestricto del resto de los derechos políticos, por el contrario, con relación a ellos se impone atender a las limitaciones que le son propias a la vida castrense, establecidas en la normativa legal y reglamentaria que los rige, así como, con particular importancia, en lo dispuesto en los artículos 328 y 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que son del tenor siguiente:

*Artículo 328. La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación ... (omissis)... En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación...(omissis)".*

*“Artículo 330. Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político”.*

A su vista, resulta entonces categórica la expresa prohibición para los integrantes de la Fuerza Armada Nacional de participar en actos de proselitismo político.

En ese contexto observa la Sala, que de la Resolución mediante la cual el impugnante es pasado a la situación de retiro, claramente se evidencia que la sanción le fue impuesta ya que *“...el mencionado Oficial Almirante asumió una conducta contraria a las leyes y reglamentos que rigen la institución castrense, al hacer declaraciones no autorizadas por los medios de comunicación social. (...) La conducta desplegada atentó contra la disciplina que debe cumplir todo militar en servicio activo, por la inobservancia de las normas legales vigentes (...)”.*

En consecuencia, la Administración actuó conforme a derecho sancionando al recurrente cuando a éste le estaba expresamente vedado, formular pronunciamientos y conceder entrevistas a los medios de comunicación social sin la autorización correspondiente, por lo que no se vulneró el principio de *nulla crimen, nulla poena sine lege*. Así se declara.

Con vista a la declaratoria anterior, se desecha igualmente el vicio de falso supuesto en el que -según los apoderados del actor- incurrió la Administración castrense *“...al ser eliminado el carácter de no deliberante de los militares (artículos 328 y 330) aunado ahora que bajo la constitución (sic) de 1999, ellos también bajo el amparo del artículo 57 constitucional, pueden expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura previa; que en definitiva es lo que plantea la normativa castrense, por lo que es preciso concluir que los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se ha basado el Ministerio de la Defensa y el Presidente de la República para sancionar al Oficial Almirante, son falsos”.*

En efecto, como *supra* se señaló, si bien el Constituyente de 1999 le confirió a los miembros de la Fuerza Armada Nacional el derecho al sufragio con el ánimo de evitar discriminaciones en un derecho político inherente a todos los ciudadanos de la República, esta previsión no los habilita al ejercicio irrestricto del resto de los derechos políticos.

Valga entonces acotar, que la institución castrense por su misma especial naturaleza, que se erige sobre la férrea disciplina, la subordinación y obediencia, ha de mantener una rigidez que no puede ser relajada o liberada a conveniencia de sus miembros. Esta rigidez se manifiesta, entre otras formas, en la necesidad de preservar los canales regulares, la cadena de mando y los procedimientos especialísimos para el desarrollo y manifestación de la voluntad y del pensamiento, tanto individual como colectiva, de los efectivos militares, sin distingo de rango ni jerarquía.

Adicionalmente, debe esta Sala ratificar su criterio conforme al cual si bien la libertad de expresión constituye un derecho fundamental que habilita a toda persona a expresar libremente sus opiniones, utilizando a tal fin cualquier medio de comunicación, ello no rige indistintamente para todas las situaciones, pues en circunstancias como la presente, en la cual el recurrente era un miembro activo de la Fuerza Armada Nacional, se encontraba limitado en muchos aspectos por la propia condición que poseía dentro de la institución castrense; siendo además obligatorio para él, el conocimiento que debía tener sobre las normas antes indicadas, dado que forman parte del *pensum* de estudios de la carrera militar. (*Vide* sentencia n° 01898 publicada el 14 de agosto de 2001; Expediente n° 0420).

B. *Derecho al sufragio*a. *Limitaciones admisibles***TSJ-SE (85)****14-7-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: José Miguel Delgado Quiñonez y Jorge Luis Dávila Rojas vs. Reglamento Electoral de la Universidad de los Andes.

El segundo argumento planteado por la parte recurrente se refiere a que el Reglamento Electoral de la Universidad de Los Andes viola lo establecido en la Ley de Universidades en lo que se refiere a la integración del Claustro Universitario por parte de la representación de los alumnos e intrínsecamente es contradictorio, ya que el artículo 30 de la referida Ley señala que el referido Claustro va a estar integrado por los alumnos regulares de cada Escuela, y el mencionado Reglamento Electoral en su artículo 103, literal b, dispone que los estudiantes del Claustro Universitario son todos aquellos debidamente inscritos ante la Oficina de Control y Registros Estudiantiles (OCRE), o lo que es lo mismo todos los alumnos.

En ese orden de ideas, los accionantes citan el contenido de los artículos 167 de la Ley de Universidades y 7 del Reglamento Electoral de la Universidad de los Andes, referido a la conformación de la Comisión Electoral, y señalan que este último “...*Colide frontal e irremediamente con la Ley de Universidades viciando de nulidad la conformación de la Comisión Electoral y del Registro Electoral Universitario de la Universidad de los Andes y por ende cualquier consecuencia electoral que derive de estos*”(sic).

Por su parte, la representación de la Universidad de Los Andes señala que, por el sector estudiantil los integrantes del Claustro son todos aquellos inscritos ante la Oficina de Control y Registros Estudiantiles, y que la condición de alumno regular exigida legalmente no resulta compatible con la vigente Constitución, toda vez que crea una injustificada discriminación al no permitir el voto a los alumnos que no ostentan tal condición, en contravención a los derechos al sufragio y a la igualdad y no discriminación.

Con relación a este punto sometido a controversia, considera este órgano judicial poner de relieve, como ha señalado en previas oportunidades, que el ordenamiento legal debe ser interpretado, y en algunos casos reinterpretado si se trata de normas preconstitucionales, a la luz de las normas, principios y valores de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En ese orden de ideas y para este caso concreto, necesariamente debe reexaminarse la concepción que subyace en la Ley de Universidades (instrumento normativo preconstitucional), y que se plasma en su artículo 117, en cuanto a diferenciar -a los efectos de otorgarle derecho al sufragio - dentro del sector estudiantil, a los alumnos regulares (es decir, aquellos que conforme a la caracterización contenida en el artículo 116 *eiusdem*, son los debidamente inscritos y que cumplen todos los deberes inherentes a su condición) de los que no cumplen tales requisitos, es decir, de los alumnos no regulares (esto es, aquellos que encuadran en alguno de los supuestos contenidos en el referido artículo, a saber: 1) Estar aplazado en más de una asignatura; 2) Estar aplazado en un número de asignaturas que exceda del cincuenta por ciento de la carga docente inscrita; 3) Estar inscrito en un número de asignaturas que representen un porcentaje inferior al cincuenta por ciento de la carga máxima permitida; o 4) Haber aprobado las asignaturas necesarias para obtener el correspondiente título).

En efecto, ciertamente el desempeño académico resulta ser una variable a considerar para distinguir a los estudiantes que lo mantienen de forma satisfactoria de aquellos otros que presentan ciertas deficiencias, pero esa condición debe determinar distinciones de trato en ese ámbito, es decir, en el académico. Y ello trae como consecuencia, fundamentalmente, la

determinación de cuáles alumnos resultan aptos para avanzar en los estudios universitarios, y finalmente, para obtener los títulos que les permiten, previo el cumplimiento de los requisitos de Ley, ejercer las profesiones en cada una de las áreas para los cuales han sido capacitadas.

Asimismo, los incentivos y programas de apoyo económico y social a los estudiantes que puedan requerirlos y que demuestren un satisfactorio rendimiento en sus estudios, constituyen un buen ejemplo de un trato distinto, y si se quiere hasta preferente, que encuentra justificación en la distinción basada en la variable académica. De igual forma, un continuado desempeño académico notablemente insatisfactorio puede y debe, en los casos regulados por Ley, establecer un régimen de asistencia especial y de limitaciones académicas para el estudiante, y en casos límite, determinar la privación temporal o definitiva de su condición de miembro de la comunidad universitaria.

Sin embargo, un aspecto muy distinto es que se pretenda establecer, sobre la base del desempeño académico, una distinción en el ejercicio del derecho fundamental al sufragio, y otorgarle el ejercicio del mismo únicamente a una categoría de estudiantes (los alumnos regulares), mientras que a los no regulares se les niegue el ejercicio del mismo. En tales casos, en criterio de esta Sala Electoral, la distinción establecida en la Ley no encuentra una razonable justificación, puesto que, miembros de la comunidad universitaria lo son tanto los alumnos regulares como los que no ostentan tal condición, de acuerdo con lo establecido en la propia Ley de Universidades, en sus artículos 1º y 116 encabezamiento.

Un ejemplo resultará ilustrativo de la carencia de razonabilidad y coherencia de esa limitación legal. De admitirse la tesis de los recurrentes en cuanto a que resulta compatible con las normas y principios constitucionales la distinción entre alumnos regulares y los que no lo son a los fines de que sólo los primeros puedan gozar del derecho fundamental al sufragio de las autoridades universitarias, ello podría conducir a sostener una tesis análoga, *mutatis mutandi*, no ya en un ordenamiento sectorial como lo es el universitario, sino en el ordenamiento general, tesis que pretendiera servir de fundamento para impedir el ejercicio del sufragio a los analfabetos en las elecciones nacionales para la escogencia del Presidente de la República, o a los fines de establecer como requisito para votar en este ámbito que se posea un título universitario o ciertos bienes de fortuna, hipótesis que evidentemente resultan categóricamente contrarias a los principios de participación (materializada en la noción de sufragio universal) y de no discriminación contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que cabe concluir que, si bien es cierto que el derecho al sufragio, como todo derecho fundamental, no es en modo alguno absoluto sino que encuentra entre sus límites la potestad de configuración legal, esa potestad de configuración y delimitación del Legislador debe basarse en criterios de razonabilidad, y en el caso de establecer límites para el ejercicio del derecho al sufragio, ellos habrán de basarse en razones que justifiquen plenamente diferencias de tratamiento.

b. *Votación directa, personal, secreta y uninominal*

**TSJ-SE (81)**

**14-7-2005**

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Interpretación del artículo 32 y la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro.

**La Sala Electoral precisa las nociones de voto directo, personal, secreto y uninominal.**

Precisado lo anterior, observa esta Sala Electoral que igualmente se plantea a través del presente recurso el análisis del artículo 32 y la Disposición Especial Segunda de la Ley de

Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro. Pues bien, a este respecto establece el mencionado artículo 32, que los procesos de elección de los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia en las Cajas de Ahorro deben ser por votación directa, personal, secreta y uninominal.

En cuanto a la noción de voto directo, esta Sala Electoral ha fijado criterio en cuanto a lo que debe entenderse como tal, señalando que el mismo se manifiesta cuando los electores sufragan por los candidatos a ejercer los cargos a proveer, sin participación de intermediarios de ninguna clase. Así tenemos que jurisprudencialmente se ha señalado lo siguiente:

*“...el voto “directo” se vincula conceptualmente más bien con el hecho de que no exista algún tipo de intermediación entre el voto y el resultado electoral definitivo, por oposición con la modalidad del voto “indirecto”, o de segundo grado -o aun de grado múltiple-, en la cual el voto de los electores tiene por función elegir a su vez un colegio o cuerpo electoral más reducido, el cual a su vez será el encargado de escoger, entre las diversas opciones electorales, la que resultará ganadora. Este tipo de voto, el cual es objeto de severas críticas por algunos autores (Cfr. la voz “Sufragio”, en la obra Diccionario Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1° Edición, Costa Rica, 1989), tiene su ejemplo en el sistema electoral estadounidense para la escogencia del Presidente, en el cual los ciudadanos eligen a una especie de colegio electoral compuesto por “compromisarios”, quienes a su vez escogen al Presidente de la Unión (Cfr. García-Pelayo, Manuel, Derecho Constitucional Comparado, 3° Edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1953)”. Sentencia de la Sala Electoral número 4, del 25 de enero de 2001.*

La noción de voto personal deriva del derecho natural de participar, y, en consecuencia, del derecho-facultad que tiene todo ciudadano de ser un miembro activo de la comunidad a la cual pertenece. De esta manera se alude a la noción de voto personal para referirse a la facultad que tiene todo elector de ejercer bajo su exclusiva responsabilidad su derecho al voto.

En cuanto a la noción de voto secreto, la misma guarda estrecha relación con el aseguramiento de la independencia del elector, la pulcritud electoral y la decencia política, a los fines de evitar cualquier clase de presión e incluso toda suerte de coacciones y amenazas. Es por ello que la jurisprudencia de esta Sala Electoral ha sido muy clara en señalar que debe entenderse como tal, y en tal sentido podemos citar la siguiente decisión:

*“En cuanto al alegato de los accionantes referente a la violación al secreto del voto por el ejercicio del mismo mediante representación otorgada por el mecanismo de “carta-poder”, establecido en el Reglamento Electoral de la Asociación Civil Club Campesino Paracotos, considera esta Sala que no es cierto que mediante este mecanismo se vulnera el carácter secreto del voto, por cuanto esta cualidad se refiere a la garantía que tiene quien ejerce este derecho de que no se conozca su intención o voluntad de preferencia en el ejercicio del mismo, lo cual no se ve amenazado por el hecho de que voluntariamente un asociado autorice a otro miembro de la asociación para que ejerza en su nombre este derecho, puesto que con el otorgamiento de una autorización o carta-poder no implica que se revele cuál es su opción electoral escogida, es decir, a favor de quién desea ejercer el voto”. Sentencia de la Sala Electoral número 45 del 01 de marzo de 2002.*

La noción de voto uninominal se expresa en el hecho de que cada elector vota por un solo candidato, siendo éstos tantos como cargos a proveer, resultando electo quien obtiene el mayor número de sufragios para cada cargo. Bajo esta noción de voto uninominal cada elector tiene un solo voto para cada uno de los cargos a proveer, no pudiendo votar más que por un solo candidato.

Una vez precisadas las nociones de voto directo, personal, secreto y uninominal, debe en consecuencia señalar esta Sala Electoral que son a dichas características a las que alude el artículo 32 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, como aquellas que deben regir en los procesos de elección para los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia en las Cajas de Ahorro, y por ende, las Comisiones Electorales que se elijan en cada Caja de Ahorro en particular para dirigir los procesos electorales de dichas Cajas de Ahorro, deben velar para que se le dé pleno cumplimiento a las condiciones antes señaladas.

## c. Sistema de escrutinio

TSJ-SE (86)

14-7-2005

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Guillermo Morena Alcalá y otros vs. Consejo Nacional Electoral.

**En el proceso automatizado el escrutinio lo realiza la máquina de votación, no requiriéndose por tanto, la contabilización manual de los votos; la posterior impresión del Acta cumple, entre otras funciones, la de servir de constancia de los resultados, así como de soporte para el ejercicio de los mecanismos de control y también para una eventual impugnación.**

Del análisis de los argumentos esgrimidos por los recurrentes queda claro para este Juzgador que el núcleo de la denuncia radica en que a juicio de los accionantes, con base en lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, una vez concluido el acto de votación, el Consejo Nacional Electoral debió proceder a un cómputo manual de las boletas de votación (papeletas), y que sólo una vez realizado este recuento manual, es que se podía proceder a la transmisión de datos. Sobre la base de ello argumentan también la nulidad de algunos artículos de las Resoluciones dictadas por el Consejo Nacional Electoral en cuanto a la forma en que debía realizarse el escrutinio.

A este respecto cabe indicar previamente que, conforme a lo dispuesto en los artículos 293 *in fine* y 294 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los órganos del Poder Electoral se rigen, entre otros, por los principios de eficiencia de los procesos electorales y de celeridad de los actos de votación y escrutinio. Tal aserto encuentra desarrollo legislativo en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Electoral que consagra el principio de celeridad en todos los actos y decisiones del Poder Electoral, y en el artículo 4 de esa misma Ley, que establece el deber del Consejo Nacional Electoral de garantizar la eficacia de los procesos electorales.

Por otra parte el artículo 154 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política prescribe claramente que los procesos de votación, escrutinio, totalización y adjudicación serán totalmente automatizados, lo que evidencia que en este punto dicha Ley, aun cuando es un instrumento preconstitucional, se halla en perfecta sintonía con el espíritu de las normas constitucionales citadas. Igualmente cabe destacar que el artículo 168 de la misma Ley establece que el “proceso de escrutinio será mecanizado”.

Siendo así, el cuestionamiento de los recurrentes respecto del contenido de los artículos 44 y 50 de las Normas para la Instalación y Constitución de la Mesa de Referendo y para los Actos de Votación y de Escrutinio de los Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, y por ende, de la forma en que se llevó a cabo el escrutinio y la totalización, resulta totalmente carente de fundamento y revela un desconocimiento de la legislación electoral, al señalar que el uso del sistema automatizado de votaciones contraría la ley venezolana. De igual forma, el mismo se traduce en un desconocimiento de principios básicos del Derecho Electoral y del contencioso electoral, al pretender la contabilización manual de todas las boletas empleadas en el proceso sin que se hayan presentado alegatos y pruebas que evidencien la necesidad de tal recuento.

En otros términos, es obvio que los recurrentes confunden el procedimiento que corresponde al escrutinio de las votaciones realizadas cuando se trata de procesos electorales automatizados, con el que corresponde al que debe adelantarse en el supuesto de que el sistema de votación, escrutinio, totalización y adjudicación sea manual.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política contempla como regla la automatización del proceso de escrutinio (artículos 154 y 168), aun cuando prevé que excepcionalmente, en los casos en que ésta no pueda instrumentarse, debe optarse por el sistema manual de escrutinio (artículo 154). Ello permite concluir que en el proceso automatizado el escrutinio lo realiza la máquina de votación, no requiriéndose por tanto, la contabilización manual de los votos, y la posterior impresión del Acta cumple, entre otras funciones, la de servir de constancia de los resultados, así como de soporte para el ejercicio de los mecanismos de control y también para una eventual impugnación.

En ese orden de ideas, al analizar los artículos 44 y 50 de las Normas para la Instalación y Constitución de la Mesa de Referendo y para los Actos de Votación y de Escrutinio de los Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, se evidencia que tales normas prevén tanto el sistema automatizado como el sistema manual de votación y escrutinio, y en el caso del sistema automatizado, en el cual, como ya se expresó, el escrutinio lo realiza la máquina de votación, las normas en cuestión sólo contemplan que una vez finalizado el acto votación se solicitará al operador de la máquina que trasmita y luego imprima el Acta correspondiente. Es evidente entonces que las normas cuestionadas se adecuan al espíritu y propósito de lo que establece la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en materia de escrutinio de los procesos automatizados.

Cabe agregar que lo anterior en modo alguno significa que en un proceso automatizado resulte imposible que, bajo ciertos supuestos y después de emanada el Acta de Escrutinio, deba procederse a un recuento manual de los votos, pero dentro de los principios que rigen las impugnaciones en materia electoral, entre ellos el de la preservación de la voluntad del electorado (artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Electoral) tal como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Sala Electoral en sentencias como la número 114 del 2 de octubre de 2000, en la que se dejó sentado lo siguiente:

“Por otra parte, observa la Sala que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, partiendo del supuesto de que todo el proceso electoral está revestido de la presunción de legitimidad, no contempla, ni puede contemplar, independientemente de la causal invocada, sobre la base de la norma que establece la conservación de los instrumentos de votación durante cuarenta y cinco días, la realización de un nuevo escrutinio manual, realizado por el órgano electoral, en caso de recurso jerárquico, o por el órgano jurisdiccional. Y la inexistencia de una norma en ese sentido obedece a los principios de publicidad y de participación de los ciudadanos, así como de las organizaciones con fines políticos, en las fases claves (votación, escrutinios y totalización), que caracterizan al proceso electoral. A lo anterior se agrega en el marco de la nueva Constitución que los órganos del Poder Electoral están regidos por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional, despartidización e imparcialidad.

Pues bien, resulta lógico que ante una regulación normativa de las características antes indicadas de un proceso electoral, automatizado en su fase de escrutinio en un ochenta por ciento, se proscriba la realización de un nuevo escrutinio o “reconteo manual” por parte de un único órgano: El Consejo Nacional Electoral, cuando la impugnación es en sede administrativa, o en la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, cuando es en sede jurisdiccional. En fin, la tesis del escrutinio o recuento manual atentaría contra la racionalidad del sistema contenido en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, e inclusive de todo el sistema normativo, pues basta imaginarse únicamente el tiempo que requeriría uno de esos órganos para escrutar nuevamente los votos en una elección de Gobernador, y ni se diga la presidencial, tiempo durante el cual el país regional o nacionalmente estaría signado por la inestabilidad política, sin tomar en cuenta las graves dificultades materiales que comporta el cómputo de votos en “óvalos” marcados, en tarjetas que sirven hasta para cinco votaciones. De allí entonces, que resulte concluyente para la Sala la inexistencia de un nuevo y total escrutinio manual “reconteo”, como mecanismo para resolver recursos administrativos o contencioso electorales.

Por otra parte, es importante destacar que la Ley sí contempla la posibilidad de realización de nuevos escrutinios, para dilucidar recursos administrativos o contenciosos electorales, pero se encarga de condicionar categóricamente esos nuevos escrutinios, a la invocación por parte del recurrente de determinadas y precisas causales de nulidad, todas relacionadas lógicamente con actas de escrutinio”.

En virtud de los razonamientos precedentemente expuestos, resulta forzoso desechar la denuncia planteada. Así se declara.

C. *Condiciones de inelegibilidad de Directivos Sindicales*

**TSJ-SE (125)**

**11-8-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Interpretación del artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Una vez determinado el núcleo del objeto del presente recurso de interpretación, conviene revisar someramente los elementos que componen la norma, es decir, el ya indicado 441 de la Ley Orgánica del Trabajo. En primer lugar, en el mismo se prescribe una obligación a cargo de las juntas directivas de los sindicatos de rendir cuentas detalladas y completas de su administración, a la asamblea, lo cual debe hacer anualmente. Se observa igualmente que la junta directiva debe también colocar una copia de la cuenta que proyecte presentar, en lugar visible de las oficinas sindicales, para que pueda ser examinada por los trabajadores miembros del sindicato, por lo menos quince (15) días antes de la fecha en que vaya a celebrarse la asamblea. Por último, la norma prevé como consecuencia ante el incumplimiento de estas obligaciones, la imposibilidad de reelección de los directivos sindicales que incurran en el referido incumplimiento.

Como ya se señaló, es claro que la norma establece una causal de inelegibilidad como consecuencia del incumplimiento de uno de los deberes vinculados a la administración de los sindicatos, por parte de los directivos de los mismos. Ello implica la necesidad de que en el contexto de los procesos electorales sindicales, el órgano al cual le corresponda examinar la admisibilidad de las postulaciones en función de la aludida causal, deba realizar un examen formal en lo concerniente a constatar el cumplimiento de la obligación de rendir de cuentas por parte de la directiva en los términos previstos en el referido dispositivo legal.

En ese orden de ideas, cabe señalar que el hecho de que se trate de una causal de inelegibilidad tiene consecuencias fundamentales, y es que como lo ha sostenido con anterioridad esta Sala, las normas que recogen este tipo de causales deben ser objeto de interpretación restrictiva y no pueden ser aplicadas por analogía. Así por ejemplo, en la sentencia número 22 del 26 de febrero de 2004, caso *Miguel Silva vs. Comisión Electoral de la Universidad del Zulia*, este órgano judicial señaló lo siguiente:

*“En consecuencia, no resulta posible aplicar la mencionada causal de inelegibilidad a la elección de las autoridades de la Federación de Centros Universitarios, tomando en cuenta que toda norma que restringe derechos es de aplicación restrictiva y no puede ser aplicada mediante la analogía.*

*Aunado a ello, cabe señalar que, de aceptarse con base en los razonamientos del recurrente que la condición de alumno regular (la cual ciertamente no reúne el bachiller Julio Soto, por cuanto ha sido aplazado en más de una asignatura) es exigible para resultar electo como Presidente de la Federación de Centros Universitarios, implicaría en la forma que está planteado el debate procesal, desconocer que las normas que recogen causales de inelegibilidad no pueden ser objeto de aplicación analógica y deben ser interpretadas en todo momento en forma restrictiva”.*

Del marco conceptual antes esbozado y recogido en el criterio jurisprudencial invocado, se deriva que cualquier interpretación que se adopte respecto de lo dispuesto en el artículo

441 bajo análisis, debe estar orientada por las anteriores premisas, y por consiguiente la consecuencia jurídica establecida en el artículo 441 sólo resulta aplicable al supuesto de hecho previsto en el mismo, todo ello sin menoscabo de lo que dispongan los estatutos de los sindicatos, los cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 423, letra "L", de la Ley Orgánica del Trabajo, pueden regular la forma y oportunidad de presentación de las cuentas de la administración, así como los requisitos que deben reunir.

En el caso de autos, y con el objeto de dar por esclarecida la interrogante fundamental planteada por la parte recurrente, esta Sala Electoral observa que el artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo contempla una causal de inelegibilidad, que sólo resulta aplicable para el supuesto de hecho relativo al incumplimiento de la obligación de los directivos sindicales, de rendir cuentas en los términos allí establecidos, todo ello sin perjuicio de lo que establezcan los estatutos de los sindicatos. Así se declara.

Bajo esas premisas conceptuales y hermenéuticas, procede entonces pronunciarse sobre las interrogantes específicas planteadas por la representación del órgano rector del Poder Electoral, no sin antes dejar sentado que este órgano judicial se limitará a dictar pautas generales al respecto, puesto que la solución de cada caso particular, evidentemente dependerá de las peculiaridades procesales y sustantivas que se evidencien del examen del supuesto específico, por lo que escapa al objeto de esta decisión pretender solucionar de forma definitiva y exhaustiva una serie de hipótesis que bien podrían presentar diversos matices a considerar de acuerdo con la situación fáctica y jurídica acaecida. Aclarado esto, debe señalarse:

1. El principio general es que el incumplimiento de la presentación oportuna de las cuentas legalmente exigida ante la Asamblea de Trabajadores del Sindicato por parte de la Junta Directiva del Sindicato acarrea la imposibilidad de los miembros de esta última para la reelección (causal de inelegibilidad).

2. En los Estatutos de cada organización sindical puede establecerse un plazo distinto y unas formalidades adicionales para la presentación de las cuentas, conforme al principio de la autonomía sindical, recogido en este aspecto en el artículo 423, letra "L" de la Ley Orgánica del Trabajo. En tal caso, la aplicación de la causal de inelegibilidad legalmente exigida deberá interpretarse en armonía con lo dispuesto estatutariamente.

3. La presentación del informe de gestión por parte de los directivos sindicales al final del período de ejercicio de la junta directiva en caso de que así lo dispongan los estatutos sindicales, no exime del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo a los efectos de la reelección, sin menoscabo de que esta última obligación resulte cumplida cabal y acumulativamente en la oportunidad de la presentación del informe de gestión.

4. En caso de que se presenten impugnaciones con fundamento en el alegato de incumplimiento de la obligación a que se contrae el artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo en un proceso electoral sindical, el órgano competente para resolver éstas procederá a revisar el cumplimiento de los requisitos formales previstos en el referido dispositivo a los efectos de determinar la procedencia o no de las mismas sobre la base de los alegatos y pruebas que cursen en el expediente, sin menoscabo de que los interesados acudan a los órganos jurisdiccionales competentes para resolver controversias intrasindicales atinentes al mérito de la controversia planteada.

### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

#### 1. Régimen del ejercicio del Poder Público Nacional

##### A. El Poder Ejecutivo

##### a. La Administración Pública Nacional

##### a'. Fuerza Armada Nacional

##### a". Principios fundamentales

TSJ-SE (81)

14-7-2005

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Interpretación del artículo 32 y la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro.

**El estamento militar está regido por los principios de disciplina, obediencia y subordinación. Así, la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro exime que los integrantes de Consejos de Administración y Vigilancia en Cajas de Ahorro del sector militar sean resultado de un proceso de elección sobre la base de los principios de voto directo, personal, secreto y uninominal, y en tal sentido remite a los Estatutos de la Caja de Ahorro, ya que en dichos Estatutos debe preverse la forma de designación de los integrantes de estos cargos en atención al mandato constitucional de obediencia, subordinación y disciplina.**

Ahora bien, como acertadamente señaló la Superintendencia de Cajas de Ahorro, en los procesos de elección y remoción de los integrantes de Consejos de Administración y Vigilancia en Cajas de Ahorro del sector militar, no son aplicables las disposiciones del artículo 32 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, que como señalamos anteriormente, obliga a que en estos procesos electorales rijan los principios de voto directo, personal, secreto y uninominal.

No se aplica esta disposición de la Ley a las asociaciones de carácter militar, ya que como se indicó *supra*, el estamento militar está regido por los principios de disciplina, obediencia y subordinación. Al regir estos principios para el estamento militar, resulta inaplicable para el mismo que dentro de sus instituciones sus autoridades, administradores o directivos asuman dichos cargos como consecuencia de un proceso de elección sobre la base de los principios del voto directo, personal, secreto y uninominal, toda vez que dentro del estamento militar sus autoridades son designadas o removidas en atención a los aludidos principios de disciplina, obediencia y subordinación.

En razón de lo anterior es por lo que la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro exime que los integrantes de Consejos de Administración y Vigilancia en Cajas de Ahorro del sector militar sean resultado de un proceso de elección sobre la base de los principios de voto directo, personal, secreto y uninominal, y en tal sentido remite a los Estatutos de la Caja de Ahorro, ya que en dichos Estatutos debe preverse la forma de designación de los integrantes de estos cargos en atención al mandato constitucional de obediencia, subordinación y disciplina.

Con fundamento en lo antes expuesto se debe señalar, que fue claro el legislador al evitar un conflicto de leyes, e inclusive contradicciones de normas legales con principios constitucionales, al no imponer que se apliquen al ámbito militar principios electorales propios de la organización y funcionamiento de la sociedad civil, dejando en consecuencia que

sea la propia organización militar quien fije su normativa para los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia en Cajas de Ahorro, conforme a lo pautado en el artículo 328 constitucional, por lo que en consecuencia la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro tiene plena justificación de existencia.

Ahora bien, observa esta Sala Electoral, que el recurrente pretende la aplicabilidad del artículo 32 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro a la “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)”, al señalar que dicha institución no es una “asociación de carácter militar”, toda vez que la naturaleza jurídica bajo la cual la misma fue constituida es la de una Asociación Civil, situación que implicaría la no aplicabilidad a dicha Caja de Ahorro de la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro.

Sobre esta inquietud del recurrente y que constituye el objeto de la pretensión solicitada, debe necesariamente reiterar esta Sala Electoral que cuando la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro determina que no son aplicables las disposiciones de dicha Ley en lo referente a la elección y remoción de los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia contenidas en el artículo 32, a las “asociaciones de carácter militar”, este último término “asociaciones de carácter militar” no está referido a la naturaleza jurídica de la institución bajo la cual se encuentre constituida la Caja de Ahorro, sino que está referido al sector de la vida nacional del que forma parte de dicha Caja de Ahorro, o mejor dicho, a las características propias de los integrantes o afiliados de la Caja de Ahorro en referencia. Así se declara.

En el caso concreto de la “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)”, observa esta Sala Electoral que sus integrantes forman parte del ámbito militar, ya que de conformidad con el artículo 10 de sus Estatutos sus asociados lo constituyen:

- a) El personal militar en servicio activo de la Guardia Nacional.
- b) El personal civil empleado de CABISOGUARNAC, de las unidades y dependencias de la Guardia Nacional que manifiesten su voluntad ante las instancias competentes, y que autoricen la retención del aporte mensual, contemplado en el literal “a” del artículo 7 de los Estatutos.
- c) El personal pensionado y/o jubilado militar y civil de la Guardia Nacional, que así lo soliciten.
- d) Los estudiantes de los Institutos de Formación de Oficiales, Sub-Oficiales profesionales de carrera y Tropa Profesional de la Guardia Nacional.

Como se observa, de conformidad con los estatutos de la “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)” sus asociados lo constituyen los integrantes de la Guardia Nacional, que constituye un componente de la Fuerza Armada Nacional de conformidad con el artículo 328 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, situación esta que consagra a dicha Caja de Ahorro como una asociación de carácter militar.

En razón de lo antes expuesto debe forzosamente señalar esta Sala Electoral, que sí es aplicable a la “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)” lo establecido en la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, toda vez que dicha Caja de Ahorro constituye una “asociación de carácter militar”, por lo que en consecuencia la elección y remoción de los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia de dicha Caja de Ahorro no se rige por lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro,

sino por lo que determinen sus Estatutos, cuya última reforma se encuentra registrada ante la Oficina Subalterna del Segundo Circuito de Registro del Municipio Libertador del Distrito Federal el día 9 de mayo de 2003, bajo el n° 9, Tomo 12, Protocolo Primero, Segundo Trimestre de 2003, reforma esta que fue debidamente aprobada por la Superintendencia Nacional de Cajas de Ahorro, para dar cumplimiento con lo establecido en el artículo 80.1 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.611, de fecha 16 de enero de 2003.

Ahora bien, en vista de que la integración de los Consejos de Administración y Vigilancia de la “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)”, debe regirse por lo que a tal efecto determinen sus Estatutos, observa esta Sala Electoral, en el artículo 21 de los mismos se estipula la creación de un Reglamento de Elecciones para que fije el método de designación y elección de los miembros del Consejo de Administración, de Vigilancia y de los demás Comités que sean creados por la Asamblea General de Delegados Representantes de los Asociados. En este particular considera necesario señalar esta Sala Electoral, que al establecer el artículo 328 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que son pilares fundamentales de la Fuerza Armada Nacional la disciplina, la obediencia y la subordinación, es sobre estos principios que debe orientarse el Reglamento Electoral que a tal efecto apruebe la Asamblea General de Delegados Representantes de Asociados de “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)” para regular lo concerniente a la designación de los miembros del Consejo de Administración y Vigilancia de dicha Caja de Ahorros, y en consecuencia, será dicho Reglamento Electoral, una vez aprobado, la normativa aplicable en dicha Caja de Ahorro para la designación y remoción de las referidas autoridades. Así se decide.

De esta manera deja esta Sala Electoral realizada la interpretación solicitada por JOSÉ HUMBERTO MORENO VILLALBA, actuando en su carácter de apoderado judicial del ciudadano JOVITO VALOIS OLLARVES ALVAREZ, y en tal sentido responde las interrogantes formuladas sobre ¿Cómo se eligen y remueven los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia en las Cajas de Ahorro para el caso de las Asociaciones Militares?, ¿Qué normativa legal o contractual rige en esas denominadas Asociaciones Militares para el procedimiento de elección y remoción de los Consejos de Administración y Vigilancia en las Cajas de Ahorro? y ¿Qué ley es la aplicable a las Asociaciones Militares, cuando su objeto y fines estatutariamente convenidos son los de una Caja de Ahorro?.

b.’’ Sanciones disciplinarias

**TSJ-SPA (5145)**

**21-7-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Héctor Rafael Ramírez Pérez vs. Ministerio de la Defensa.

**De acuerdo al artículo 240 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, la disponibilidad y el retiro constituyen dos tipos de sanciones autónomas entre sí. Cuando la norma señala que se pasará a situación de retiro por tiempo límite en la situación de disponibilidad, no ha de interpretarse que la disponibilidad es un requisito previo para pasar a la situación de retiro.**

Otro de los argumentos sostenidos por los apoderados del actor es el relativo a la pre-sunta desproporcionalidad de la sanción impuesta, al considerar que primero debió sancionarse al impugnante con el pase a situación de disponibilidad, y sólo en caso de reincidencia, proceder al pase a la situación de retiro.

Con relación a tal denuncia observa la Sala, que conforme al artículo 240 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales:

*“El retiro es la situación a la que pasarán los Oficiales y Sub-oficiales Profesionales de Carrera que dejen de prestar servicio en las Fuerzas Armadas Nacionales motivado a las causas siguientes:*

- a) Tiempo de servicio cumplido;*
- b) Límite de tiempo en el grado de conformidad con lo establecido en el artículo 180;*
- c) Límite de edad;*
- d) Propia solicitud;*
- e) Límite de tiempo en situación de disponibilidad;*
- f) Invalidez absoluta y permanente;*
- g) Medida disciplinaria*
- h) Sentencia condenatoria definitivamente firme que acarree pena de presidio; y*
- i) Falta de idoneidad y capacidad profesional”.*

Por su parte, el Reglamento de Castigos Disciplinarios n° 6, establece que son castigos disciplinarios la advertencia, la amonestación, las presentaciones, los servicios especiales, el arresto simple, los arrestos en cuadro, el arresto severo, la represión privada, la represión pública, el arresto en fortaleza, la suspensión o anulación de las jerarquías, el destino a una compañía disciplinaria, la disponibilidad y finalmente el retiro de la institución.

De ninguno de los aludidos cuerpos normativos se desprende, que en nuestro sistema disciplinario castrense deba primero imponerse la sanción de pase a situación de disponibilidad, para poder aplicar el pase a situación de retiro. Por el contrario, de acuerdo al transcrito artículo 240 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, la disponibilidad y el retiro, constituyen dos tipos de sanciones autónomas entre sí. Cuando la norma señala que se pasará a situación de retiro por tiempo límite en la situación de disponibilidad, no ha de interpretarse -como lo hizo el recurrente- que la disponibilidad es un requisito previo para pasar a la situación de retiro.

De otra parte, la situación de disponibilidad no constituye solamente una sanción disciplinaria, en tanto que ésta comporta la separación temporal del servicio activo por otras razones, tales como enfermedad, falta de empleo, falta de idoneidad profesional, propia solicitud y licencia del servicio por más de seis meses.

En consecuencia, en el caso de autos no se evidencia desproporcionalidad alguna en la sanción, pues como ya se señalara, es evidente que el recurrente fue sancionado por asumir una conducta que le estaba expresamente prohibida por la legislación militar y que comportaba la sanción específica que le fue impuesta. Así se declara.

b. *Administración descentralizada: Gremios profesionales*

**TSJ-SE (113)**

**11-8-2005**

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Andrés Guitián vs. Consejo Nacional Electoral.

**La posibilidad de afiliación de personas extrañas a la profesión de la farmacia, no excluye al Instituto de Previsión Farmacéutica del carácter de gremio profesional, puesto que el objeto que justifica el origen y conformación del mismo, es la obtención de benefi-**

**cios económicos y sociales a personas que se integran con un elemento común, el cual consiste en el ejercicio de la profesión farmacéutica y a su vez, estas personas, constituyen el elemento indispensable para la existencia de la institución bajo análisis.**

De lo antes transcrito, esta Sala observa que la razón por la cual el Consejo Nacional Electoral determinó que las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales no eran aplicables al Instituto que formuló la consulta, radica en que la Ley de Colegiación Farmacéutica, permite la afiliación adicional de personas que no ostentan la calidad de farmacéuticos.

En este sentido, dispone la Ley de Colegiación Farmacéutica, lo siguiente:

*Artículo 44: Podrán también ser admitidos como miembros del Instituto de Previsión Farmacéutica, previo cumplimiento de los requisitos que le sean señalados en los reglamentos respectivos, y a juicio de la Junta Directiva del Instituto, los demás profesionales universitarios, los empleados de los establecimientos farmacéuticos, los empleados de la federación Farmacéutica Venezolana, del Instituto de Previsión Farmacéutica y de los Colegios de Farmacéuticos de la República, los estudiantes universitarios y los familiares dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los farmacéuticos y de las demás personas que aquí se mencionan.*

Ahora bien, el numeral 6, del artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que el Poder Electoral tiene la función de organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales, y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley.

Mediante sentencia de fecha 19 de mayo de 2000, esta Sala estableció que el término “gremio profesional” no está definido de una manera concreta y la forma como está contemplado en el texto constitucional debe ser entendido de manera abstracta, como el género del cual los colegios profesionales previstos en el artículo 105 de la misma norma, constituyen la especie.

En esa oportunidad, esta Sala indicó que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición exacta de gremios profesionales y en base a una serie de razonamientos, otorgó el carácter de gremio profesional a la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, fundada en el hecho de que constituye una agrupación de docentes en defensa de los intereses comunes, cuyo elemento común es el ejercicio de la actividad docente. Sin embargo, se desprende de la decisión, que dicha asociación está “...conformada por los profesionales que integran la institución en su condición de docentes, en la que no participan personas que no tengan tal carácter.”(Resaltado de la Sala)

Se podría concluir del extracto transcrito, que el carácter de gremio lo ostentan las organizaciones que tengan como elemento común el ejercicio de una profesión u oficio, excluyendo la participación de personas que no ostenten tal carácter.

Ahora bien, en el caso concreto conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Colegiación Farmacéutica, la colegiación de los profesionales de la farmacia tiene como objetivo primordial la consecución del bienestar económico y social de sus integrantes. Con estos fines, dicha ley establece la conformación de varias instituciones y específicamente el artículo 41, contempla al Instituto de Previsión Farmacéutica, como una “... corporación con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene como objeto procurar el bienestar social y económico de los profesionales de la farmacia y de las demás personas afiliadas a él...”. Ciertamente, el Instituto de Previsión Farmacéutica (INPREFAR), es una asociación de personas, que conforme a la definición de gremio establecida anteriormente por esta Sala, tiene como objeto primordial la consecución de beneficios de carácter social y económico a los particulares que ostenten la calidad de profesionales de la farmacia.

Sin embargo, la normativa también admite la afiliación de personas que no son farmacéutas. En este sentido, debe apreciarse que el elemento primordial para la conformación del referido instituto lo constituye la consecución de beneficios sociales y económicos a los farmacéuticos inscritos en un Colegio de Farmacéuticos de la República, y observa esta Sala que la intención de la norma al permitir la afiliación de personas ajenas a la profesión, consiste en la extensión de los beneficios a otros particulares, más la deliberación para elegir y ser elegido con el objeto de dirigir y administrar la institución, recae exclusivamente en los profesionales egresados de las facultades de farmacia de las universidades.

En efecto, el artículo 48 de la referida Ley de Colegiación Farmacéutica, dispone que la dirección y administración del Instituto le corresponde a la Junta Directiva, la cual estará conformada por farmacéuticos autorizados para ejercer en el país, inscritos y solventes con el Instituto, con el Colegio al cual pertenezcan y con la Federación Farmacéutica Venezolana. De manera que, la organización y funcionamiento de dicho Instituto le está atribuida exclusivamente a los farmacéuticos, limitando la participación de las demás personas al goce y disfrute de los beneficios procurados.

Aunado a ello, el artículo 43 *ejusdem*, establece que "...[son] miembros del Instituto de previsión Farmacéutica, los farmacéuticos colegiados inscritos en un Colegio de Farmacéuticos de la República y que además se hayan inscrito en el mencionado Instituto."(Resaltado de la Sala)

Por otra parte, el literal c), del artículo 4, de la misma norma establece como requisito indispensable para el ejercicio de la profesión, ser miembro del Instituto de Previsión Farmacéutica.

Ahora bien, la posibilidad de afiliación de personas extrañas a la profesión de la farmacia, no excluye al Instituto de Previsión Farmacéutica del carácter de gremio profesional, puesto que el objeto que justifica el origen y conformación del mismo, es la obtención de beneficios económicos y sociales a personas que se integran con un elemento común, el cual consiste en el ejercicio de la profesión farmacéutica y a su vez, estas personas, constituyen el elemento indispensable para la existencia de la institución bajo análisis. La condición sine qua non para que pueda funcionar el Instituto de Previsión Farmacéutica, es la inscripción de los profesionales de la farmacia, quienes además lo dirigen y administran con el objeto de obtener beneficios socio económicos para ellos, sus familiares y demás afiliados.

De modo tal, que el Instituto de Previsión Farmacéutica, procura el bienestar de un sector determinado, como indica el artículo 41 de la Ley de Colegiación Farmacéutica, centrado en el profesional de la farmacia, por lo que ostenta el carácter gremial, aunque con la característica adicional de que los beneficios son extensibles a terceros carentes del carácter de profesionales farmacéuticos.

De manera que, las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, dictadas por el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución número 030807-387, en fecha 7 de agosto de 2005, son aplicables a la elección de la Junta Directiva del Instituto de Previsión Farmacéutica.

Por todo lo antes expuesto, esta Sala declara con lugar el recurso contencioso electoral interpuesto y declara nulo el acto contenido en el oficio número 0000818, de fecha 29 de marzo de 2005, mediante el cual declaró "...que el alcance de las normas regulatorias de los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, no se extienden al Instituto de Previsión Farmacéutica...". Así se declara.

Por vía de consecuencia, esta Sala declara la nulidad de la elección efectuada en fecha 30 de marzo de 2005 así como el nombramiento de las personas que resultaron electas en dicho proceso eleccionario. Así mismo, ordena la celebración de un nuevo proceso comicial

bajo las pautas de las referidas normas que regulan los comicios gremiales y a los fines de resguardar el orden de la estructura organizacional y mientras se realiza la nueva elección conforme a lo previsto en el presente fallo, deben continuar en el ejercicio de la Junta Directiva, las personas que ejercían los cargos antes de la referida elección, quienes en un plazo no mayor de cinco días continuos a partir de la publicación del presente fallo, deberán iniciar el proceso para la elección de la nueva Junta Directiva. Así se decide.

B. *El Poder Judicial*

a. *Tribunal Supremo de Justicia*

a'. *Sala Plena: Atribuciones*

**TSJ-SP (19)**

**19-7-2005**

Magistrado Ponente: Juan José Núñez Calderón

Caso: Lisbeth Díaz Petit vs. Comisión de Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial.

**La declaratoria de nulidad de un concurso de oposición para el ingreso al Poder Judicial es una facultad discrecional de la Sala Plena, y procede siempre que para ello se tengan razones de la existencia de graves irregularidades en su celebración, es decir, que se ejerce de oficio, pues no se contempla en las Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial, la posibilidad de que tal pronunciamiento sea instado por los aspirantes.**

Que el presente caso se circunscribe al señalamiento de una serie de presuntas irregularidades ocurridas en el desarrollo del procedimiento para llevar a cabo el concurso de oposición para proveer los cargos de Jueces de Categoría "B", de los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón.

En tal sentido, se advierte que la presente solicitud de declaratoria de nulidad en virtud de las irregularidades denunciadas está fundamentada en la facultad atribuida a esta Sala Plena, de declarar, de oficio, la nulidad del referido concurso de oposición para el ingreso al Poder Judicial, según lo establecido en el artículo 37 de las Normas sobre Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial, dictadas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (hoy Dirección Ejecutiva de la Magistratura), publicadas en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 36.910, del 14 de marzo del año 2000.

En virtud de lo anteriormente señalado cabe destacar que esta Sala ha manifestado en anteriores oportunidades, (Sentencias n° 36 y 8 del 31/07/03 y 17/02/04), y aquí se reitera una vez más, que dicha declaratoria de nulidad es una facultad discrecional de la misma, y procede siempre que para ello se tengan razones de la existencia de graves irregularidades en su celebración, es decir, que se ejerce de oficio, pues no se contempla en las Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial, la posibilidad de que tal pronunciamiento sea instado por los aspirantes.

Ahora bien, una vez precisado lo anterior se desprende que aún cuando en el caso, como el *sub iudice*, de que interesados comuniquen la existencia de alguna irregularidad, no le es exigible a la Sala el sustanciar la solicitud e iniciar el proceso, debido a que los administrados que se sientan afectados por el desarrollo del concurso o de una evaluación ostentan la posibilidad del ejercicio de las acciones o recursos administrativos y contencioso administrativos pertinentes que el ordenamiento jurídico venezolano les otorga.

En virtud de lo anteriormente expresado, esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, luego de una revisión exhaustiva de los alegatos presentados tanto por la solicitante como por la Comisión de Evaluación, considera que no es propicio asumir el conocimiento de la situación planteada, ni ejercer de oficio su facultad de anular el referido concurso. Y así se decide.

b'. *Sala Político Administrativa: Competencias*

**TSJ-SPA (4912)**

**13-7-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Proyectos y Construcciones Zeikar vs. Alcaldía del Municipio Autónomo San Carlos de Austria del Estado Cojedes.

En virtud de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial* n° 37.942 de fecha 20 de mayo de 2004, debe esta Sala pronunciarse sobre la competencia para seguir conociendo de la presente causa, en virtud de que el referido texto legal contiene disposiciones expresas respecto de sus competencias, conforme a lo dispuesto en su artículo 5, numerales 24 al 37.

En tal sentido, por remisión que hace el primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo texto establece que "*Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen por ante el Tribunal Supremo de Justicia*", tenemos que el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, dispone la aplicación inmediata de la ley procesal desde su entrada en vigencia, cuando expresamente dispone: "*La ley procesal se aplicará desde que entre en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en este caso, los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía, se regularán por la ley anterior.*"

De dicha disposición se entiende, que a pesar de que las leyes procesales son de aplicación inmediata, la propia norma reconoce que no pueden tener efecto retroactivo respecto a los actos y hechos ya cumplidos y a sus efectos procesales no verificados todavía, respetando así otros principios y normas constitucionales como el de la irretroactividad de la ley (Art. 24 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Conviene destacar, que de aceptarse la aplicación inmediata de esta nueva norma procesal de competencia, las partes procesales en cada uno de los procesos en curso se encontrarían expuestas a sufrir las consecuencias de los cambios sobrevenidos durante el desarrollo del mismo, lo cual evidentemente lesiona otros principios constitucionales, entre ellos el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

A fin de evitar tales daños, el propio ordenamiento jurídico ha establecido otro principio fundamental, a saber:

En tal sentido, el Código de Procedimiento Civil consagra en el artículo 3, el principio según el cual las reglas sobre la jurisdicción y la competencia que deben tomarse en cuenta para todo el transcurso del proceso, ante los cambios sobrevenidos en ellas, son las reglas o criterios atributivos que existían para el momento de la presentación de la demanda.

En efecto, dicho artículo establece:

“Artículo 3.- La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa.”

Este principio general, cuyo origen proviene del derecho romano, se denomina *perpetuatio jurisdictionis*, y tradicionalmente la doctrina ha abarcado en él a la jurisdicción y a la competencia.

Sin embargo, en el presente caso no se trata de una afectación de la jurisdicción sino de una variación en la competencia, razón por la cual el principio más apropiado, conforme a lo expuesto por el Maestro Luis Loreto, es el de la llamada *perpetuatio fori*, (*Ensayos Jurídicos*, “Principios Fundamentales en la reforma del Código de Procedimiento Civil Venezolano”, Fundación Roberto Goldschmidt, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1987, p. 19) igualmente contenido en el artículo 3 *eiusdem*; en el entendido de que el principio se aplica a las circunstancias que constituyen los criterios atributivos sobre los cuales un tribunal puede conocer una causa, esto es la materia, el valor, el territorio, o el grado del tribunal.

Este principio de la *perpetuatio fori* se encuentra igualmente consagrado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (Publicación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, n° 47, Caracas, 1994, p. 93).

En efecto, el artículo 12 del citado Código dispone:

“Artículo 12.- Las normas procesales son de aplicación inmediata y alcanzan a los procesos en trámites.

No obstante, no regirán para los recursos interpuestos ni en los casos en que se supriman instancias, ni para los trámites, diligencias o plazos que hubieren empezado a correr o tenido principio de ejecución antes de su entrada en vigor, los cuales se regirán por la norma precedente.

Asimismo, el Tribunal que esté conociendo en un asunto, continuará en el mismo hasta su terminación, aunque la nueva norma modifique las reglas de competencia.”

De todo lo anterior se evidencia, que respecto a la potestad de juzgamiento y, en este caso, la competencia del órgano jurisdiccional, cuando la ley no disponga expresamente lo contrario, la misma se determina por la situación fáctica y normativa existente para el momento de presentación de la demanda, sin que pueda modificarse la competencia, al no tener efectos los cambios posteriores de la ley procesal.

Ahora bien, ante la existencia de estos dos principios consagrados en el texto legal referido, esta Sala teniendo presente que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 2, establece que Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político; considera que ambos principios deben ser armonizados en plenitud, con los valores, principios, garantías y normas procesales constitucionales vigentes, tales como los derechos fundamentales del justiciable, a una justicia accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, y a un proceso sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles y al servicio de la justicia (artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

Es por ello, que en observancia a lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a lo establecido en el segundo aparte del artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Vene-

zuela, los cuales establecen que “*El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*”; esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su carácter de garante de los principios y valores constitucionales, entiende que al no haber establecido la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, disposición expresa que afecte la competencia de las causas que actualmente conoce, en aplicación de premisas expuestas y conforme al principio de la *perpetuatio fori*, debe reafirmar su competencia para conocer y decidir la presente controversia. Así se decide.

b. *Régimen de los jueces: Procedimiento disciplinario*

**TSJ-SC (1793)**

**19-6-2005**

Magistrado Ponente: Luis Velázquez Alvaray

Caso: Henrique Iribarren Monteverde (acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional).

**La Sala Constitucional suspende la aplicación del Reglamento que contiene el procedimiento disciplinario aplicable a los jueces y juezas en sede administrativa, por ser contrario a los postulados constitucionales. Ante el vacío constitucional creado y en base al numeral 7 del artículo 336 de la Constitución que autoriza a la Sala Constitucional a establecer los lineamientos para corregir la omisión; la referida Sala faculta a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial para modificar su Reglamento y adecuarlo a las disposiciones constitucionales, hasta tanto entre en vigencia la legislación correspondiente.**

Visto que esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 1.057 del 1 de junio de 2005 se declaró competente y admitió la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa interpuesta por el abogado Henrique Iribarren Monteverde contra la Asamblea Nacional, “por cuanto aún no han remitido la Ley sancionada el 16 de octubre de 2003 del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana (*sic*) al Presidente de la República Bolivariana para que se proceda a su promulgación en la *Gaceta Oficial*”.

Visto también, que en la referida decisión, esta Sala Constitucional designó como miembros integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial a los ciudadanos Carmen Zuleta de Merchán (Presidenta), Rosa Da’ Silva Guerra y Octavio Sisco Ricciardi y como Suplentes a los ciudadanos Belkys Useche de Fernández, Gilberto Guerrero Rocca e Indira Pérez Rivera.

Visto asimismo que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, según jurisprudencia de esta Sala, es un órgano de rango constitucional, por cuanto fue creado por la Asamblea Nacional Constituyente en el Decreto mediante el cual se dictó el Régimen de Transición del Poder Público, de fecha 22 de diciembre de 1999 y reimpreso en la *Gaceta Oficial* n° 36.920 del 28 de marzo de 2000 (V., sent. n° 731/2005 del 5 de marzo, recaída en el caso *Marcos Ronald Marcano Cedeño*).

Que la referida Comisión es un órgano sujeto a un régimen de transitoriedad, habida cuenta que el sistema jurídico que debe regir su funcionamiento aún no ha entrado en vigencia. Así lo ha reconocido esta Sala en sentencia del 28 de marzo de 2000 Caso *Gonzalo Pérez Hernández y Luis Morales Parada*, cuando dispuso que las normas supraconstitucionales “*mantienen su vigencia, mas allá del mandato cumplido de la Asamblea Nacional Constituyente, hasta que los poderes constituidos, entre ellos la Asamblea Nacional, sean electos y empien a ejercer su competencia normadora conforme a la Constitución vigente*”.

Visto de igual modo, que en atención a tales circunstancias, las cuales aun se mantienen, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial dictó, mediante acto administrativo identificado con el n° 155, del 28 de marzo de 2000, el “Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”, el cual fue publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 36.925, del 4 de abril de 2000, con fundamento en los artículos 22 y 25 del Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente”.

Visto también, que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en *Gaceta Oficial* n° 37.942 del 20 de mayo de 2004 en la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final, literal e) dispone que:

e) La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicte la legislación y se crea la jurisdicción disciplinaria y los correspondientes tribunales disciplinarios” (Resaltado de la Sala).

En tal sentido, la Sala estima que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial está facultada para conocer y decidir los procedimientos disciplinarios - que han de ser públicos, orales y breves- en contra de los jueces, hasta tanto se dicte la legislación y se creen los correspondientes Tribunales Disciplinarios, conforme al artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, el Régimen Disciplinario de los Jueces que se regirá por el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, el cual originó la presente acción de inconstitucionalidad contra omisión legislativa.

Esta Sala observa que, en el presente caso se intentó la acción de inconstitucionalidad contra la omisión de la Asamblea Nacional de no remitir al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela para su promulgación en la *Gaceta Oficial*, el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, sancionado el 16 de octubre de 2003, por el referido Órgano legislativo. No obstante, advierte la Sala que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial dictó un Reglamento que contiene el procedimiento disciplinario aplicable a los jueces y juezas, en sede administrativa, identificado con el n° 155 del 28 de marzo de 2000, publicado en *Gaceta Oficial* n° 36.925 del 4 de abril de 2000, el cual contiene disposiciones que coliden con los artículos 257 y 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales establece:

**“Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.**

**“Artículo 267. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso ...”**

Es por ello que esta Sala, dado el vacío normativo existente sobre la materia, producto de la falta de adecuación de la legislación existente a los postulados constitucionales antes transcritos, de oficio y con fundamento en el artículo 19, párrafo 10, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, suspende la aplicación del antedicho Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y así se decide.

En consecuencia, a fin de evitar la paralización de los procedimientos disciplinarios pendientes y los que haya lugar, esta Sala Constitucional, a objeto de garantizar el acceso a la justicia, previsto en el artículo 26 constitucional así como la garantía del debido proceso, consagrado en el artículo 49 *eiusdem*, ante el vacío constitucional creado y en base al numeral 7 del artículo 336 de la Constitución que autoriza a la Sala establecer los lineamientos para corregir la omisión; faculta a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial para modificar su Reglamento y adecuarlo a las disposiciones constitucionales referidas *supra*; hasta tanto entre en vigencia la legislación correspondiente, y para cum-

plir con su cometido, podrá reorganizar su personal interno, designar el personal auxiliar que requiera y dictar su propio reglamento de funcionamiento, sin que ello colida con el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público.

Asimismo, esta Sala consciente de la transitoriedad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, en tanto órgano constituyente creado en el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, que precedió al Texto Constitucional y ante el imperativo del artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con la Disposición Transitoria Cuarta, numeral cuatro del mismo texto en relación con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Disposición Derogatoria, Transitoria y Final, Única: (...) literal e), de darle existencia real a la jurisdicción disciplinaria judicial, se le asigna a la referida Comisión la tarea de realizar -ante el vacío normativo que produce la falta legislativa del Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana- un proyecto de Código que deberá ser presentado ante la Sala Plena del Tribunal del Supremo de Justicia, para lo cual, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial elaborará un cronograma de trabajo que respalde dicha tarea.

2. *El Poder Municipal. Los Municipios: Privilegios y prerrogativas del Fisco Nacional*

TSJ-SPA (5336)

4-8-2005

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Virgilio Torrealba López y otro vs. Alcaldía del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda.

**La expresión formulada en el artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el sentido de que “*El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional*” debe ser interpretada en sentido amplio y por consiguiente, comprender dentro de ésta a aquellos privilegios y prerrogativas que se confieren a la República, entre los cuales se encuentra el consagrado en el artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, relativo al cumplimiento del antejuicio administrativo previo a la demandas contra la República.**

En el presente caso, el apoderado judicial de la parte demandante, apeló del auto dictado por el Juzgado de Sustanciación de fecha 4 de agosto de 2004, mediante el cual se declaró inadmisibles las demandas intentadas por los ciudadanos Virgilio Torrealba López y Virgilio Augusto Torrealba Francisquez, contra el Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda, en virtud del daño moral padecido con motivo del fallecimiento de la ciudadana Corina Mercedes Torrealba Francisquez, en la “...tragedia ocurrida el 8 de octubre de 2000, causada por el desbordamiento de la Quebrada La Guairita...”.

La decisión apelada se fundamentó en la aplicabilidad a los Municipios del privilegio procesal previsto para la República en el artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y extensivo al ente demandado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, relativo al cumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas que se instaura contra la República.

Por su parte, el representante judicial de los apelantes, cuestionó la aplicación al caso concreto de la exigencia del aludido antejuicio administrativo previo a las demandas contra la República, toda vez que la norma que le sirve de fundamento a la decisión recurrida, esto es,

el artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, se limita, en su criterio, a la extensión para los Municipios de los privilegios y prerrogativas que la ley acuerda al Fisco Nacional, los cuales supuestamente difieren de los concedidos a la República.

De igual forma alegó que el auto objeto del presente recurso, incurrió en una equívocación al equiparar el caso que nos ocupa al criterio sentado por esta Sala en la sentencia nº 00525 del 19 de agosto de 2003, con motivo de la cual se dispuso la obligatoriedad del cumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para aquellos casos en que se instaure una demanda contra un instituto autónomo.

En este contexto expuso, que la demanda incoada por sus mandantes fue dirigida contra el Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda, en lugar de algún instituto autónomo, que se encuentran sometidos a un régimen jurídico distinto al previsto para el primero de los referidos entes.

Finaliza su exposición indicando que la Ley de Administración Pública sí hace extensivos a los institutos autónomos los privilegios y prerrogativas otorgados a la República, mientras que la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal sólo le concedía al demandado los privilegios contemplados para el Fisco Nacional.

De manera que, conforme a lo antes expuesto, el presente recurso de apelación se centra en la determinación del alcance de lo dispuesto en el artículo 102 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, y en tal sentido se observa lo siguiente:

Atendiendo al régimen derogado, aplicable a la controversia por el principio *ratione temporis*, *“El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional, salvo las disposiciones en contrario contenidas en esta Ley...”*.

Dicha declaración por parte del legislador tiene por finalidad revestir a los Municipios de ciertas prerrogativas y privilegios tanto procesales como fiscales, a los efectos de tutelar un interés superior que viene dado por el hecho de que tales entidades políticas, constituyen unas unidades primarias y autónomas dentro de la organización nacional.

En esta línea de pensamiento, considera la Sala que sólo una interpretación literal y por demás contraria a los valores que inspiraron la redacción de la mencionada norma, conllevaría a afirmar que dentro del marco del artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, quedarían excluidas aquellas prerrogativas y privilegios que se confieren a la República por tratarse esta última de un ente distinto y separado del Fisco Nacional. La anterior afirmación, encuentra respaldo en la técnica legislativa que tradicionalmente se ha utilizado en nuestro ordenamiento, en la cual es frecuente encontrar como sinónimos de términos el empleo de palabras, tales como, Nación, Estado, República, Fisco Nacional y Hacienda Pública Nacional.

Así por ejemplo, se observa que antes de la entrada en vigencia de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* nº 37.606 del 9 de enero de 2003, cuyas disposiciones transitorias derogaron parcialmente la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario y la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, se utilizaba en el primero de los mencionados textos la expresión “Poder Nacional” para designar al “Estado”, al tiempo que en la segunda de las referidas leyes se hacía uso de la expresión “Nación” y se refería a que la Hacienda Pública, como persona jurídica se denomina “Fisco Nacional” (artículo 1º de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, derogado por el artículo 171, correspondiente al Título X, de las Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público).

Igualmente, en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en el ordinal 15 del artículo 42, se aludía a “empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva”, para designar al capital público en empresas públicas.

En efecto, si bien se trata de nociones diferentes y así se ha establecido en anteriores oportunidades por vía jurisprudencial (*Vide* sentencia de la SPA-CSJ, del 20 de enero de 1983), no deja tampoco de ser menos cierto que en muchas ocasiones las razones por las cuales se usaba un término en vez de otro, obedecía a que el Legislador, con frecuencia, empleaba estas expresiones en forma indistinta.

Prueba de ello lo constituye el hecho de que a los institutos autónomos sí se les confiere claramente en la Ley de Administración Pública los mismos privilegios y prerrogativas que a la República, resultando por tanto un contrasentido afirmar que tales privilegios sólo asisten a la administración descentralizada de estos entes y no así al propio Municipio al cual pertenecen.

De ahí que, atendiendo a las premisas de razonamiento arriba expuestas, considera la Sala que la expresión formulada en el artículo 102 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el sentido de que “El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional” debe ser interpretada en sentido amplio y por consiguiente, comprender dentro de ésta a aquellos privilegios y prerrogativas que se confieren a la República, entre los cuales se encuentra el consagrado en el artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, relativo al cumplimiento del antejuicio administrativo previo a la demandas contra la República.

Tal criterio, ha sido el adoptado por la Sala en casos similares al presente y al efecto se observa que en sentencia de fecha 27 de julio de 2005, publicada bajo el n° 5.203, se declaró con lugar la cuestión previa contenida en el ordinal 11 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, interpuesta en concordancia con lo establecido en el artículo 60 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en virtud de que se ejerció una demanda contra un Municipio sin que previamente se agotara el procedimiento administrativo correspondiente. Las razones que se esgrimieron en el citado fallo se circunscribieron a las siguientes:

*“...Mediante la norma citada supra, (artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal), el legislador de 1989 equiparó expresamente a los entes municipales a la privilegiada condición procesal que históricamente disfrutaba de manera exclusiva la República, como supremo representante de los intereses del Estado. Así, dentro de la gama de prerrogativas y privilegios consagrados a favor de ésta, el llamado antejuicio administrativo se hacía exigible en los casos de demandas de naturaleza patrimonial que tuvieran a bien instaurar los particulares contra los gobiernos municipales...”*

De manera que, siendo aplicable la mencionada disposición del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República al presente caso, por mandato del tantas veces nombrado artículo 102 de la anteriormente vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal y no habiendo acreditado la parte actora el cumplimiento de dicha exigencia, esta Sala debe forzosamente declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia, confirmar la decisión recurrida, mediante la cual se declaró inadmisibile la demanda. Así se decide.

**IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO**1. *Derechos Económicos: Libertad Económica***TSJ-SC (1798)****19-7-2005**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**Las regulaciones legales disponen limitaciones a la actividad económica, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y como excepción a la regla, que es la libertad. En tal sentido, señala la Sala Constitucional que las normas que regulan el horario dentro del cual se permite el ejercicio de las actividades económicas en el Municipio Chacao constituye una contrariedad objetiva a lo estatuido por el artículo 112 de la Constitución, al desconocer la naturaleza principista de las libertades y la estructura normativa de las garantías constitucionales.**

Precisado lo anterior, esta Sala emite su decisión en atención a las consideraciones siguientes:

La nulidad demandada tiene por objeto los artículos 9, 17, 20, 84 cardinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao, que expresamente disponen:

*“Artículo 9. La Licencia de Actividades Económicas autoriza a ejercer las actividades en ella señalada, bajo las condiciones que indique la Administración Tributaria entre las seis de la mañana (6 a.m.) y las doce de la noche (12 a.m.), salvo excepciones legales.*

*Artículo 17. El contribuyente que pretenda prestar servicio de expendio de alimentos o bebidas alcohólicas o no alcohólicas, discoteca, bar, diversión y esparcimiento, agencias de festejos o salas de banquetes, así como el que pretenda desarrollar actividades de apuestas lícita o cualquier otro similar a las mencionadas después de las 12 a.m., deberá solicitar ante la Administración Tributaria una Licencia de Extensión de Horario. Para ello, el solicitante deberá presentar los siguientes recaudos:*

*a) Constancia de Medición de Ruido, realizada de conformidad con la Ordenanza respectiva.*

*b) Elementos probatorios suficientes mediante los cuales demuestre que ha tomado todas las medidas necesarias para preservar el orden público en sus instalaciones, de conformidad con el reglamento que se dicte a tal efecto.*

*c) Certificado de Solvencia del Impuesto sobre Actividades Económicas.*

*Parágrafo Primero: La tramitación de la Licencia de Extensión de Horario causará una tasa anual de ochenta Unidades Tributarias (80 UT) por hora para los establecimientos que expendan bebidas alcohólicas, y de cuarenta Unidades Tributarias (40 UT) en los demás casos.*

*Parágrafo Segundo: La Licencia de Extensión de Horario tendrá una vigencia de un año y su otorgamiento estará sometido a lo establecido en esta Ordenanza y demás disposiciones aplicables.*

*Parágrafo Tercero: La solicitud para la obtención de la Licencia de Extensión de Horario no autoriza al interesado a iniciar su actividad fuera del horario establecido en el artículo 9 ni exime al infractor de las sanciones previstas en esta Ordenanza”.*

*Artículo 20. El contribuyente que obtenga la Licencia de Extensión de Horario, deberá exhibirla en un sitio visible del establecimiento.*

*Artículo 84. A los efectos de la presente Ordenanza son obligaciones administrativas:*

*(omissis)*

*4. Solicitar y obtener la Licencia de Extensión de Horario (...).*

*Artículo 91. El que después de una sentencia o resolución administrativa sancionatoria firme por la comisión de alguno de los ilícitos tipificados en la presente Ordenanza, y antes de los cinco (5) años de haberse cumplido o de haber prescrito la sanción impuesta, cometiere otro ilícito de los establecidos en esta Ordenanza, será castigado con la cancelación del establecimiento por un lapso entre una (1) y cinco (5) semanas, sin perjuicio de la aplicación de la sanción correspondiente al nuevo ilícito.*

*Por su parte, el que después de dos o más sentencias o resoluciones sancionatorias firmes por la comisión de alguno de los ilícitos tipificados en la presente Ordenanza, y antes de los cinco (5) años de haberse cumplido o de haber prescrito la sanción impuesta, cometiere otro ilícito de los establecidos en esta Ordenanza, será castigado con la cancelación definitiva de la Licencia de Actividades Económicas y de la Licencia de Extensión de Horario, sin perjuicio de la aplicación de la sanción correspondiente al nuevo ilícito cometido.*

*Artículo 105. Quien ejerza actividades económicas fuera del horario establecido en el artículo 9; o si teniendo Licencia de Extensión de Horario las ejecutare fuera de las horas autorizadas en aquélla, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17, será sancionado con multa de ciento cincuenta (150) a doscientas cincuenta (250) Unidades Tributarias y el cierre inmediato del establecimiento durante el horario no autorizado.*

*La Administración Tributaria, con el auxilio de la fuerza pública, de ser necesario, garantizará la ejecución de la pena de cierre impuesta en virtud de lo dispuesto en el encabezamiento de este artículo.*

*Artículo 106. Quienes en ejercicio de las actividades económicas reguladas por esta Ordenanza transgredan las leyes nacionales, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos o resoluciones municipales, de manera que resulte en un daño a la higiene pública, convivencia ciudadana y seguridad de la población, o bien represente un obstáculo para la ejecución de obras públicas nacionales, estatales o municipales, será sancionado con el cierre del establecimiento por un lapso de una (1) a cinco (5) semanas”.*

...Como resultado de ello, debe la Sala, en primer término, evaluar la denuncia de inconstitucionalidad, por violación del derecho a la libertad económica y del principio de reserva legal nacional, mediante la realización del contraste necesario entre las normas constitucionales que se señalan como violadas (artículos 112 y 156, cardinal 32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y las disposiciones normativas locales que se impugnan (artículos 9, 17, 84 cardinal 4 y 105 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao).

Ahora bien, se observa que el artículo 112 de la Constitución condensa el enunciado del derecho a la libertad económica, aunque no agota en su texto la regulación constitucional sobre el mismo. En todo caso, la formulación como principio, se expresa mediante la modalidad usual del establecimiento de la libertad en forma general, dirigida o reconocida en favor de todas las personas, pasando de inmediato a advertir la existencia de limitaciones, esto es, de fronteras o bordes que pueden delimitar las manifestaciones regulares o normales de las facultades derivadas de esa libertad. Tales restricciones se confinan, por imperativo del Texto Fundamental, a las previstas en el mismo, y las que establezcan las leyes, en atención, y con fundamento exclusivo, en determinadas razones de interés general, con lo cual se ensambla efectivamente el dispositivo de la garantía jurídica que comentamos.

De este modo -estima la Sala- se confirma una vez más, como la ha venido sosteniendo en otras oportunidades, que la libertad económica, al igual que sucede con otros derechos constitucionales, no es un concepto absoluto e irrestricto, ya que, además de los límites definidos directamente en la propia Constitución, pueden fijarse limitaciones expresas, mediante ley, fuera de las cuales, quedan facultados los ciudadanos para actuar libremente, es decir, para ejercitar abiertamente los espacios de libertad no sometidos a alguna restricción. Con ello se afianza y se comprueba el único sentido lógico que puede darse al esquema constitucional, consistente en la existencia de un espectro básico y fundamental constitutivo de la libertad, postulado como principio, frente al cual pueden aparecer restricciones o limitaciones que operan como excepciones expresas a la regla general, y que sólo pueden ser establecidas mediante ley, es decir, excluyendo en forma absoluta la posibilidad de formular tales limitaciones por medio de actos concretos o disposiciones sublegales.

En este sentido, el artículo 9 de la Ordenanza impugnada dispone, como regla básica, que:

*“La Licencia de Actividades económicas **autoriza** a ejercer las actividades en ella señaladas, bajo las condiciones que indique la Administración Tributaria **entre las seis de la mañana (6 a.m.) y las doce de la noche (12 a.m.), salvo excepciones legales**” (Destacado de la Sala)*

*Por otra parte, el artículo 84, cardinal 4 del mismo instrumento normativo dispone:*

*“A los efectos de la presente Ordenanza son obligaciones administrativas:*

*(...)*

*4. Solicitar y obtener la Licencia de Extensión de Horario*

*(...)”*

Advierte la Sala que, de acuerdo al postulado axiomático establecido en el artículo 4 del Código Civil, la estructura gramatical de la norma bajo análisis, atendiendo *al sentido que aparece evidente del significado lógico de la palabras según la conexión de ellas entre sí*, conduce indudablemente a entender que **el sentido de la disposición** no es otro que el establecer una limitación general al ejercicio de las actividades económicas, al reducir de manera indiscriminada el alcance temporal de la Licencia de Actividades Económicas al horario expresamente señalado (6 a.m. a 12 a.m.), con lo cual se está negando, también de manera general, y como principio, el ejercicio de tales actividades fuera del horario indicado, como lo sostiene la accionante.

En efecto, partiendo de la existencia de una autorización como requisito necesario para el ejercicio de las actividades económicas en jurisdicción del Municipio Chacao, tal como lo postula el artículo 3 de la Ordenanza, es evidente, de una interpretación concordada, que el único sentido y razón de ser que puede atribuirse al artículo 9 es, precisamente, el de fijar de manera general y abstracta, una limitación, un tope, al alcance que puede tener esa autorización y, en consecuencia, un límite, igualmente general y abstracto, al ejercicio de las actividades económicas, determinado en este caso, por el horario dentro del cual se permiten.

Aunado a ello, debe señalarse que, conforme a las pautas fijadas por el referido artículo 4 del Código Civil, debe también considerarse *la intención del legislador*, lo cual deriva de la estructura del dispositivo normativo en cuanto a su coherencia interna y su vinculación con otros elementos normativos que confluyen en la conformación del régimen específico que diseña la norma bajo examen.

En este sentido, aprecia la Sala que es especialmente significativa la frase final del aludido artículo 9, cuando completa el enunciado señalando **“salvo excepciones legales”**, lo que no permite tener otra lectura más que la que conduzca a entender que lo que se dispuso

antes tiene el carácter de regla general. Ciertamente, esta intención sólo puede derivarse del empleo del vocablo *excepción*, que indica aquello que se aparta de la regla o condición general.

Pero aprecia esta Sala que, adicionalmente y en este mismo sentido, el artículo 105 de la Ordenanza, cuya impugnación también se plantea en la presente causa, se encabeza indicando que: "...*Quién ejerza actividades económicas fuera del horario establecido en el artículo 9, o si teniendo Licencia de Extensión de Horario las ejerciere fuera de las horas autorizadas en aquella...*", de lo cual se deduce que el espíritu de la Ordenanza no es otro que el de fijar, como régimen general, la limitación al ejercicio de las actividades económicas dentro de un horario determinado (12 a.m. a 6 a.m.), lo cual reafirma el texto normativo local, cuando califica al ejercicio de esas actividades fuera del horario general permitido por la norma, como un supuesto de infracción, sujeto a una sanción de carácter administrativo.

Debe además apuntar la Sala que lo que parece justificar la existencia de la norma cuestionada es el simple "*expendio de alimentos o bebidas alcohólicas o no alcohólicas, discoteca, bar, diversión y esparcimiento, agencia de festejos o salas de banquetes*", y demás actividades de apuestas lícitas o similares después de las 12 a.m. y no la alteración misma del orden público. Desde luego, la Sala reconoce que las referidas actividades pueden contribuir en mayor medida que otras a la alteración del orden público; sin embargo, por una parte, ello no necesariamente es así, y, por la otra, pudiera ser que otras actividades no enumeradas en la norma -en el supuesto de que la ordenanza las permitiera, pues tal como está redactada no lo hace- lo alterasen y aun así no requiriesen ni la autorización ni pago alguno por tal concepto. De manera que, pareciera que lo que justificaría la existencia de la disposición jurídica impugnada no es la realización de las aludidas actividades en específico sino la realización de cualquiera que sea capaz de alterar el orden público.

Igualmente, advierte la Sala que el pago por la Licencia de Extensión de Horario, a que se refieren las normas impugnadas no puede ser calificado como un impuesto, toda vez que no se trata de una contribución general, que realice el administrado en virtud del principio de distribución de las cargas públicas. No puede ser conceptuado como una tasa porque no se está pagando una contraprestación por un servicio directo, específico y determinado que le esté prestando la Administración Municipal. No puede ser distinguido como una contribución especial, ya que el obligado no está recibiendo un beneficio o mejora adicional a su situación previa o coadyuvando en el mantenimiento o gestión de un órgano regulador especial. Por tanto, es una carga impositiva que no se encuentra tipificada, y que pretende con una licencia diferente aplicar no una alícuota distinta por tipo de actividad sino una doble imposición.

Además, visto que resulta un hecho notorio que gran parte de los comercios del Municipio Chacao son locales que funcionan dentro del horario nocturno o se dedican al negocio de restaurant, bar o salas de fiestas, para lo cual habían sido previa y particularmente autorizados, la Ordenanza cuyas normas se cuestionan creó un "tributo" adicional a la patente de industria y comercio, para no incrementar la alícuota de ésta y presumiblemente evitar o disfrazar el carácter confiscatorio de dicho tributo, tantas veces proscrito por esta Sala. En conclusión, la Licencia de Extensión de Horario resulta un complemento o incremento adicional a la patente de industria y comercio, que por su magnitud genera efectos confiscatorios.

Téngase presente, en este sentido, que se les aplica esta nueva carga impositiva a contribuyentes que se habían asentado en el Municipio con antelación, lo que modifica notablemente en perjuicio de éstos las condiciones iniciales con las cuales establecieron sus negocios, generando un gravoso incremento de manera retroactiva a la actividad en referencia, violando a su vez el valor fundamental de seguridad jurídica, que gobierna nuestro estado social de derecho, de justicia y de democracia participativa y la confianza legítima.

No cabe duda entonces, para la Sala, que los artículos mencionados disponen una limitación general al ejercicio de la actividad económica, que se expresa como la regla, es decir, como la condición general, o como principio frente al cual se coloca, en condición de inferioridad o minoría, esto es, como lo que se aparta de la regla o condición general regulada, un supuesto ambiguo e impreciso: “*salvo las excepciones legales*”, que, por lo demás, resulta una regulación irrealizable en la práctica pues, precisamente, por virtud del postulado constitucional, las regulaciones legales disponen limitaciones a la actividad económica, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y como excepción a la regla, que es la libertad.

Ello así, considera la Sala que el enunciado jurídico que se examina, de redacción sin duda complicada desde el punto de vista técnico, atenta contra el principio *pro libertatis*, y quizá sin que el legislador local lo hubiese deseado, termina restringiendo la realización de actividades económicas distintas de las que luego pretende autorizar a través de la Licencia de Extensión de Horario, aun cuando el mismo Municipio reconozca que las demás sí pueden hacerlo, no obstante que, en puridad de la redacción de la norma, se desprende lo contrario a dicho alegato.

Estima esta Sala que tal circunstancia constituye una contrariedad objetiva a lo estatuido por el artículo 112 de la Constitución, pues al desconocer la naturaleza principista de las libertades y la estructura normativa de las garantías constitucionales, fijando como regla una limitación general a su ejercicio, las normas locales impugnadas configuran un desconocimiento de la libertad económica constitucionalmente garantizada y, con ello, la violación de la norma fundamental alegada. Así se declara.

2. *Propiedad y Expropiación. Régimen urbanístico de la propiedad*

CPCA (834)

26-7-2005

Magistrado Ponente: Rafael Ortiz-Ortiz

Caso: Sindicato Agrícola 168, C.A. vs. Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda.

**Las Zonas calificadas como RE (Reglamentación Especial), están sometidas a las especificaciones especiales determinadas a través de los permisos de construcción de urbanizaciones; sin embargo, ello no puede considerarse como una habilitación a la Administración para realizar zonificaciones singulares, pues es de la esencia de la noción de la zonificación la generalidad. En tal sentido, señala la Corte que la regulación especial que se realiza a través de los oficios aprobatorios de los proyectos de urbanismo es la determinación de limitaciones especiales distintas a las previstas para zonas similares en la Ordenanza, y en ningún caso debe interpretarse como la posibilidad de realizar afectaciones absolutas mediante la atribución de usos exclusivos, lo cual sí comporta una zonificación aislada y, como tal, contraria a la noción de integralidad de la ordenación urbanística.**

La sentencia apelada declara la nulidad de los actos administrativos recurridos y condena al Municipio Baruta del Estado Miranda al pago de los daños y perjuicios ocasionados a la parte recurrente, los cuales ordena determinar mediante experticia complementaria del fallo.

La apelación ejercida cuestiona tanto la declaratoria de nulidad decidida por el *a quo* como la condenatoria al resarcimiento de los daños. Pasa por tanto la Corte a resolver ambas impugnaciones, para lo cual observa:

1.- SOBRE LA NULIDAD DE LOS ACTOS RECURRIDOS:

El *A quo* declaró la nulidad de los siguientes actos administrativos: 1) el oficio n° 570 de fecha 16 de marzo de 2000, dictado por la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda, y 2) el oficio n° 1263 de fecha 22 de junio de 2001, dictado por la Gerencia de Ingeniería Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda.

Los referidos actos declaran, respectivamente, 1) la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en la Resolución n° JI-0003/91, emitido por la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda en fecha 17 de mayo de 1991 y, consecuentemente los actos dictados con fundamento en esta Resolución, a saber, el oficio n° 1191 de fecha 9 de agosto de 1991 emanado de la Dirección de Ingeniería Municipal y los oficios números 1132 y 924 de fechas 4 de septiembre de 1996 y 6 de agosto de 1996, emanados de la Gerencia de Ingeniería Municipal; y 2) la nulidad absoluta de las constancias de cumplimiento de variables urbanas fundamentales contenidas en los oficios n° ON-601-99 de fecha 3 de mayo de 1999 y su Anexo I del 4 de agosto de 1999.

Los actos anulados por el *a quo* se fundamentan en la nulidad absoluta declarada por la Administración respecto de la Resolución n° JI-003/91, mediante la cual, al declarar con lugar un recurso intentado por los propietarios de la parcela 149, n° de catastro 1-122/01-01, ubicada en la Urbanización Colinas del Tamanaco, se decidió que la zonificación de la parcela era la correspondiente al artículo 125 de la Ordenanza de Zonificación vigente del Municipio Baruta, esto es, C-2 (comercio vecinal) y no la del uso exclusivo "Bomba de Gasolina" como se les había notificado en el oficio n° 1622 de fecha 25 de abril de 1989 en respuesta a la solicitud de información sobre variables urbanas fundamentales, con fundamento en el Acuerdo n° 25 de fecha 15 de septiembre de 1966 y el oficio n° 1370 del 28 de julio de 1971.

De manera que la presente apelación se contrae a determinar la zonificación y los usos correspondientes a la parcela n° 149, propiedad de la recurrente.

Conforme a la parte apelante, en el área del sureste de Caracas, en la que se encuentra ubicada la parcela propiedad de la recurrente, no había existido un mapa único de zonificación y en este sentido el Concejo Municipal del Distrito Sucre aprobó el 15 de septiembre de 1966, el Acuerdo n° 25, que contiene el Plano de Zonificación del Distrito Sucre, adoptándose la nomenclatura RE para denominar todo lo que hoy pertenece a los Municipios Baruta y el Hatillo.

Respecto de la zonificación RE, el artículo 182 de la Ordenanza de Zonificación del Distrito Sucre, prevé:

Las zonas R-E son aquellas sometidas a reglamentos especiales dictados por el Concejo Municipal y también aquellas urbanizaciones cuyos permisos de construcción fueron otorgados estableciendo normas especiales o distintas a las previstas para zonas similares en esta Ordenanza.

Los permisos de edificación y las zonificaciones se regirán para tales zonas, por lo prescrito en los mencionados reglamentos especiales o permisos de construcción de urbanizaciones, según el caso.

De manera que conforme a la norma transcrita, según la parte apelante, la zonificación de las RE se determinaba, bien mediante actos normativos del Concejo Municipal, bien mediante los permisos de construcción de Urbanización.

Señala la representación municipal que en el caso de la Urbanización Colinas del Tamanaco, la determinación de la zonificación se realizó mediante el segundo mecanismo, pues indica que la zonificación de la parcela 149 se encuentra contenida en el proyecto definitivo de urbanismo aprobado mediante oficio n° 1370 de fecha 28 de julio de 1971 de la Ingeniería Municipal, en el cual se expresa:

La parcela 149 con un área de 1.760 m<sup>2</sup>, será destinada a Estación de Servicio y Bomba de Gasolina.

El área de ubicación no podrá ser mayor del 30%. Deberá estudiarse el proyecto cumpliendo todas las normas de seguridad específicas sobre la materia y obtener la aprobación de la Gobernación del Estado y del Cuerpo de Bomberos. Podrá establecerse una estación de lavado y engrase.

Señalan los representantes de la apelante que el legislador municipal reconoció la posibilidad de que el Sureste de Caracas se zonificase no mediante Ordenanzas de Zonificación sino a través de los oficios aprobatorios de las proposiciones urbanísticas presentadas por los particulares, que luego pasan a formar parte de ella.

Ahora bien, la Resolución n° JI-003/91 emitida por la Alcaldesa precisa que la determinación del oficio aprobatorio del proyecto urbanístico respecto de la parcela n° 149 equivale a la zonificación C-2, y por ende, que a esta parcela corresponden los usos que la Ordenanza de Zonificación otorga a esta categoría. Así se indica en la referida Resolución lo siguiente:

Que el Oficio n° 1370 de fecha 28-07-71 señala que la parcela objeto de consulta forma parte de un lote de siete (7) parcelas destinadas al desarrollo de un Centro Comercial, en el sólo se podrá establecer los usos que se especifican en la Ordenanza de Zonificación vigente, bajo la Reglamentación C-1 (COMERCIO LOCAL). El oficio mencionado anteriormente establece que la parcela en cuestión deberá ser destinada al uso específico de “Bomba de Gasolina o Estación de Servicio” o sea zonificación C2.

Los actos recurridos declaran y se basan en la nulidad de dicha Resolución para revocar la constancia de variables urbanas otorgada a la recurrente para la construcción de una edificación, conforme a los usos y especificaciones correspondientes a la zonificación C-2, por estimar que el mismo constituyó un cambio de zonificación aislada y que la Alcaldesa era incompetente para dictarlo.

De manera que la cuestión fundamental a resolver es la legalidad de la Resolución n° JI-0003/91, y en este sentido pasa la Corte a analizar, en primer término, si el mismo constituyó un cambio de zonificación aislada prohibido por el artículo 46 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, el cual prevé, en su ordinal 1°, lo siguiente:

En ningún caso se permitirán cambios de zonificación aislada o singularmente propuestos. Todo cambio de zonificación debe ser integral o formar parte de algún plan sectorial.

A los fines de decidir si se ha violado la norma transcrita debe la Corte hacer previamente las siguientes consideraciones:

El urbanismo es mecanismo que permite la concreción de la función social de la propiedad. La ordenación urbanística constituye una limitación al derecho de propiedad, pues -tal y como señala la representación municipal- a través de éste se persigue obtener “un equilibrio entre el interés público y los intereses particulares de los propietarios”, equilibrio que se verá manifestado mediante el valor que se efectúe del suelo urbano, a través de los diferentes tipos de planes.

Explica de ese modo la jurisprudencia extranjera al referirse a las regulaciones del derecho de propiedad que en este caso las “leyes de ordenación están muy lejos de establecer *“solo medidas de policía concretas”, respetando, como regulación ajena, “la imposición de*

*obligaciones y limitación a los derechos” sino que, muy al contrario, establecen por sí mismas, o por remisión a los instrumentos normativos del planeamiento, los deberes y límites intrínsecos que configuran la función social de la propiedad del suelo, desde el punto de vista de la ordenación del territorio.”* (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 37/1987). (Resaltado de esta Corte).

Se reconoce así entonces una íntima relación entre el derecho de propiedad y las regulaciones urbanísticas, llegándose a afirmar que “el reconocimiento de la propiedad urbanística no puede entenderse sin la sumisión del derecho al planeamiento urbanístico con todo lo que ello comporta en orden a la delimitación de su contenido; contenido normal de derecho de propiedad que, delimitado por el elemento institucional de la función social, viene dado por los deberes que son inherentes a esta forma de dominio y por los límites que forman parte de su contenido” (Fernández Caballal Almudena, *El Urbanismo Finalista*, Civitas, Madrid, 2002).

La ordenación urbanística como limitación al derecho de propiedad es, por naturaleza, de carácter general, pues su finalidad es el desarrollo armónico de la ciudad, y por ello es consustancial a esta materia la visión integral del espacio. La zonificación es uno de los elementos fundamentales de la planificación urbanística, mediante el cual se le asigna un destino específico a la propiedad inmobiliaria que debe armonizar con el núcleo urbano en el cual se ubica (Rondón de Sansó, Hildegard. “Zonificación y rezonificación en el ámbito de la ordenación urbanística venezolana (a través del análisis del artículo 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal)”, en *Revista de Derecho Público* n° 17, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981).

La zonificación se define en efecto como el “sistema en el cual se atribuye un destino específico al suelo, determinándose las condiciones de su utilización.” (Sentencia de fecha 14 de agosto de 1985 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo).

La zonificación es instrumento para la determinación de los usos a los cuales puede ser destinada la propiedad urbana, por ende, da contenido preciso al derecho de propiedad. A través de esta calificación se establecen los aprovechamientos urbanísticos.

La zonificación, que es en esencia planificación del suelo, dado su carácter general, es materia propia de la norma. Ciertamente la determinación de los usos a los cuales puede ser destinada la propiedad urbana se efectúa a través de los Planes. Así lo ha reconocido expresamente tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjera al afirmar que al planeamiento urbanístico le “corresponde determinar los usos permitidos y prohibidos en cada clase de suelo, establecer el contenido propio de los derechos y deberes de sus propietarios y regular el destino y aprovechamiento del suelo”. (Sentencias del Tribunal Supremo Español del 18-03-1992 y 21-01-1997 comentadas por Fernández Carballal, Almudena, *El Régimen Jurídico del Urbanismo en España*, Madrid 2001).

Los planes de desarrollo urbano se encuentran además jerarquizados, y en este sentido, la planificación urbana se realiza mediante el Plan de Desarrollo Urbano Nacional y los Planes de desarrollo Urbano Local, conjuntamente con las ordenanzas urbanísticas.

En este sentido la jurisprudencia ha señalado que “La zonificación es uno de los elementos fundamentales del régimen urbanístico y es por ello que aún cuando la competencia en la materia esté atribuida al Municipio por el artículo 30 de la Constitución; sin embargo al Poder Nacional corresponde, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 136 ordinal 14 ‘el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo’. De allí que al Poder Nacional le corresponda dictar las normas técnicas sobre urbanismo así como establecer los procedimientos de tal índole y coordinar y unificar los existentes. (Sentencia de fecha 14 de agosto de 1985 de esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo).

Ahora bien, el presente caso, por ser anterior a la vigencia del ordenamiento nacional en materia urbanística, se encontraba sujeto a las normas municipales de la materia.

Es así que cuando se dictan estas regulaciones municipales la realidad arroja la pre-existencia de desarrollos urbanísticos, cuyas especificaciones habían sido establecidos mediante los permisos correspondientes.

En este sentido, la Ordenanza debió en efecto reconocer esta realidad y lo hizo estableciendo para estos casos la regulación RE, admitiendo que su reglamentación estaba sometida a las especificaciones especiales determinadas a través de los permisos de construcción de urbanizaciones.

Más sin embargo, en criterio de esta Corte, ello no puede considerarse como una habilitación a la Administración para realizar zonificaciones singulares, pues es de la esencia de la noción de la zonificación la generalidad.

En este sentido, comparte la Corte la opinión de la parte apelante en cuanto a que la calificación RE se corresponde con la zona y no con las parcelas que individualmente la integran, más difiere el sentenciador en cuanto a que ello constituye una habilitación en blanco para determinar singularmente los usos del suelo urbano. Ello comporta una contradicción en los términos, pues tanto es general la calificación RE como general debe ser la definición de los destinos permitidos mediante el mecanismo de la zonificación.

Siendo nota característica de la zonificación la generalidad, considera la Corte que la regulación a que se contrae el artículo 182 de la Ordenanza de Zonificación a lo sumo permitió una definición general de los usos de la zona, dando contenido a la calificación RE efectuada en la norma, admitiendo, eso sí, que en las asignaciones específicas realizadas mediante los proyectos del urbanizador se aplicasen las condiciones especiales fijadas en los correspondientes oficios aprobatorios.

Esta es la interpretación correcta de la norma y no, como pretende la parte apelante, la de que esta regulación confiera la posibilidad de legalizar una afectación individual de las parcelas que la integran, pues ello sin duda atentaría contra el derecho de propiedad que la ordenación urbanística precisamente garantiza al concretarse en limitaciones legales que delimitan la función social de la propiedad urbana. Es importante en este aspecto distinguir la calificación del suelo que se realiza mediante la zonificación, de la reservas de terreno para la localización de edificaciones e instalaciones de servicios colectivos que se requieran de acuerdo con los planes de ordenación urbanística. La reserva implica la cesión del terreno así como las garantías para asegurar su cumplimiento.

La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en efecto regula la figura de la reserva y en este sentido dispone la obligación de la autoridad municipal de exigir la cesión de los terrenos y las garantías correspondientes. En los casos de reservas, sí opera una asignación específica, concreta y exclusiva de un uso particular. Pero este no es el supuesto a que se refiere el caso de autos, toda vez que mediante el oficio aprobatorio del desarrollo urbanístico, lo que se decide es la pertinencia del uso y las especificaciones especiales. Así en el oficio aprobatorio de la Urbanización Colinas del tamanaco, contenido en el oficio n° 1370 de fecha 28 de julio de 1971 se determina como acorde al uso admitido para la parcela en cuestión, la construcción de una Bomba de Gasolina, sin que ello pueda considerarse como una zonificación aislada ni como una reserva.

Por ello en criterio de esta Alzada estuvo en lo correcto la Administración Municipal cuando interpretó mediante la Resolución n° JI-0003/91 que el uso asignado a la parcela en cuestión es el correspondiente a la categoría general que permitió admitir para el caso específico del proyecto originalmente aprobado, el destino de estación de servicio.

Este criterio se corresponde con la noción de generalidad, propia de la zonificación como instrumento de planificación urbana, pues con él se está aplicando varios destinos, con lo cual no desnaturaliza el derecho de propiedad sino que se delimita su contenido, ofreciendo al propietario una gama de posibilidades de disposición, acordes con la planificación integral de la zona.

Por ello, en criterio de esta Corte, la regulación especial que se realiza a través de los oficios aprobatorios de los proyectos de urbanismo es la determinación de limitaciones especiales distintas a las previstas para zonas similares en la Ordenanza, como reza el artículo 182 y en ningún caso debe interpretarse como la posibilidad de realizar afectaciones absolutas mediante la atribución de usos exclusivos, lo cual sí comporta una zonificación aislada y, como tal, contraria a la noción de integralidad de la ordenación urbanística.

En este sentido, el oficio aprobatorio lo que puede establecer es condiciones especiales distintas a las correspondientes a los usos generales previstos en las distintas categorías contempladas en norma, esto es, la Ordenanza de Zonificación (Residencial, Comercial, etc), para el caso de que se proyecte en concreto en el planteamiento del Urbanizador una determinada categoría de los usos permitidos.

Así, en el oficio aprobatorio de la Urbanización Colinas de Tamanaco, ocurre con la proyección del Urbanizador respecto a la opción de estación de servicio, acorde al uso (C-2), cuando se establece que en ese supuesto específico deberá respetarse el área de ubicación establecida así como las demás especificaciones allí contenidas, distintas a las previstas en la Ordenanza para la zonificación C2.

Este es el sentido del artículo 182 cuando dispone que “Las zonas R-E son aquellas sometidas a reglamentos especiales dictados por el Concejo Municipal y también aquellas urbanizaciones cuyos permisos de construcción fueron otorgados estableciendo normas especiales o distintas a las previstas para zonas similares en esta Ordenanza.”(Resaltado de esta Corte).

La norma no permite, en ningún caso, por ser ello contrario a la noción de la zonificación como mecanismo de ordenación urbanística, que el Municipio, a través de su autoridad administrativa y de actos concretos, asigne usos exclusivos, pues ello sí configuraría una zonificación aislada.

En este sentido, la norma que prohíbe la rezonificación aislada persigue evitar, precisamente, el cambio de uso de una zona que comporte modificaciones singulares.

Al respecto, la jurisprudencia ha precisado que la prohibición de rezonificación aislada lo que impide es que se haga “un cambio de zonificación relativo a una parcela o para un caso o situación específico. Para este tipo de objetivos aislados no existe posibilidad alguna de rezonificación. De allí que, un lote de terreno por ejemplo, calificado por la ordenanza correspondiente, no podrá variar su destino por ninguna razón, a menos que éste vaya unido al del sector en el cual se ubica.” (Sentencia de fecha 14 de agosto de 1985 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo).

En esta prohibición está pues presente la idea de integralidad, reafirmando que lo vedado es la asignación de destinos aislados, supuesto que no se compadece con el contenido de la Resolución n° JI-0003/91, en la cual lo que se determina es que la parcela en cuestión, proyectada para estación de servicio, se corresponde al uso que en la zonificación incluye este destino. Pretender que la planificación del urbanizador configura una afectación perpetua al uso específico y singularizado en el proyecto es pretender conferir a este particular potestades que ni siquiera la autoridad podría realizar mediante actos normativos.

Ciertamente, la planificación urbanística delimita el contenido del derecho de propiedad al vincularlo al destino fijado en los planes (artículo 53 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística), y esta delimitación está reservada, como restricción que es, a la norma. Se trata de establecer una ordenación del crecimiento y desarrollo urbano. Como indica Fiorini, estas restricciones tienen por esencia la generalidad; “la zonificación establece distintas cargas y prohibiciones para cada sector zonal.” (Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 126, 1997). Es así inconcebible que la zonificación se entienda como una afectación concreta y específica a un uso exclusivo.

El carácter general e integral de la planificación urbana es cuestión no debatida, pues atañe a la naturaleza de la actividad planificadora y a la esencia de la actividad limitativa de derechos fundamentales. Así la doctrina precisa que el urbanismo tiene un carácter integral, pues “No debe olvidarse que el urbanismo tiene por objeto la ordenación del territorio en su totalidad, incidiendo de este modo sobre el conjunto de las actividades sociales y económicas que operan en el mismo.” (Pérez Fernández, José Manuel, “La Ordenación espacial del equipamiento comercial: la planificación comercial. Planificación urbanística”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 2717).

De igual manera afirma el autor español Estévez Goytre -al analizar la naturaleza jurídica de los Planes Urbanísticos- que se trata de un “conjunto de normas limitadoras de derechos y deberes de los propietarios de los predios” que son “de carácter general y obligatorio” (Estévez Goytre, Ricardo, “El Urbanismo y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estudio Jurisprudencial, en *Revista Española de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Marzo 2004).

En este sentido, cuando la autoridad municipal señala en la Resolución nº JI-0003/91 que las parcelas colindantes a la nº 149 propiedad de la recurrente proyectada por el Urbanizador para Centro Comercial corresponde a la zonificación C1, conforme a los usos de la Ordenanza de Zonificación y que la nº 149, proyectada por el Urbanizador para Estación de Servicio, corresponde a los usos de la zonificación C2, está respetando el criterio de integridad y generalidad de la planificación urbana, aplicando al caso concreto la norma general y en modo alguno desconociéndola o modificándola. No se altera con ello los elementos de la zonificación, sino que se impone la aplicación de los elementos previstos en el acto normativo.

Así como, según sostiene la representación municipal, la reglamentación RE corresponde a la zona, esta Corte considera que la zonificación corresponde a categorías generales, pues la determinación de un único uso no es delimitación del derecho de propiedad sino una afectación total equiparable a la reserva, y como tal sujeta a cesión o en todo caso a compensación patrimonial.

En este sentido, el artículo 182 de la Ordenanza de Zonificación define como zonas RE “aquellas sometidas a reglamentos especiales dictados por el Concejo Municipal y también aquellas urbanizaciones cuyos permisos de construcción fueron otorgados estableciendo normas especiales o distintas a las previstas para zonas similares en esta Ordenanza.” Esta norma está simplemente reconociendo una situación fáctica, y calificando como RE estas urbanizaciones, las cuales deberán regularse, ahora, bajo el ordenamiento urbanístico, a través de planes especiales. Por lo anteriormente expuesto, considera esta Alzada que la Resolución nº JI-0003/91, no produjo cambio de zonificación alguno, y por ende, no violó el artículo 46 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística y así se declara.

Por otra parte denuncia la apelante el vicio de incompetencia del Ejecutivo Municipal para dictar la Resolución nº JI-0003/91, pues estima que el oficio de reglamentación especial nº 1370 del 28 de julio de 1971 “fue recogido por la Ordenanza de Zonificación del Distrito Sucre, según consta de los dispuesto en los artículos 2 y 182.”

La posibilidad de equiparar al rango normativo legal un acto administrativo particular es un planteamiento que contradice los más elementales principios jurídicos.

Aún bajo los postulados de la escuela Vienesa, según los cuales toda actividad del Estado es creadora del orden jurídico, la actividad administrativa se ubica en grado inferior a la legislación, pues es necesariamente ejecución de ésta. En efecto, el acto administrativo constituye la manifestación de la función estatal administrativa que difiere sustancialmente de la función legislativa, de la cual forma parte la ley. Tal y como advierte el autor Garrido Falla la primera contiene la autoridad del Estado y se agota en la ejecución y la acción de la legislación. Es ese, precisamente, el contenido fundamental del principio de legalidad administrativa como postulado esencial del Estado de Derecho, que supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo (Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, Decimotercera Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002).

Por tanto, en criterio de esta Corte, la mera alegación de que la actuación administrativa se integra en la norma legal adquiriendo tal rango debe desestimarse por ser contraria a elementales principios de derecho.

Pero en adición a lo anterior, observa la Corte que este planteamiento pretende fundamentarse en los artículos 2 y 182 de la Ordenanza de Zonificación. Y al respecto es menester precisar que las normas invocadas en modo alguno permiten sostener que las especificaciones contenidas en los oficios de aprobación de los proyectos de urbanizaciones puedan equipararse a actos normativos del mismo rango al instrumento que las contiene.

El artículo 2 de la Ordenanza de Zonificación dispone:

A los efectos del cumplimiento de la presente Ordenanza se elaborará un mapa de zonificación en el cual se establecerán los límites de las distintas zonas. Una vez aprobado por el Concejo Municipal, formará parte de la presente Ordenanza y será de obligatorio cumplimiento.

El artículo 2, como su texto literalmente lo indica, se refiere al mapa de zonificación, aprobado por el órgano legislativo municipal. Se contempla así la posibilidad de desarrollo por actos de igual rango de la referida Ordenanza de Zonificación, lo cual no puede extenderse a actos dictados por las autoridades ejecutivas municipales.

Por su parte el tantas veces citado artículo 182 tampoco es base para pretender dar fundamento a este argumento carente de sustentación jurídica, pues el mismo lo único que dispone es que forman parte de las zonas RE aquellas urbanizaciones cuyos permisos de construcción fueron otorgados estableciendo normas especiales o distintas a las previstas para zonas similares en esta Ordenanza, más en ningún caso convierte en ley local tales especificaciones.

Y es que especialmente resulta todo un contrasentido esta argumentación cuando tales actos administrativos carecen de contenido normativo, y por ello, es inadmisibles el calificativo de ley material que pretende endilgársele.

La Resolución n° JI-0003/91 no viola principio de competencia alguna, pues aplica, como corresponde a la autoridad administrativa, la ley, esto es, la Ordenanza de Zonificación, al precisar, mediante criterios de interpretación, que la zonificación RE de la zona en la que se ubica la parcela n° 149, por virtud de lo dispuesto en el artículo 182 de la Ordenanza, y en atención al uso aprobado en el oficio n° 1370 relativo al proyecto de parcelamiento de la Urbanización, corresponde a la categoría C2 y como tal las variables urbanas fundamentales deben definirse de acuerdo a las regulaciones de dicho uso, definidas en las normas ordinarias o especiales dictadas por la autoridad municipal. Así se declara.

Observa además esta Corte que el Municipio está en la obligación de dictar las regulaciones urbanísticas especiales en atención a la consideración de la zona como RE y no limitarse, ante su inactividad, a pretender mantener un congelamiento de la propiedad inmobiliaria por virtud de las aprobaciones específicas de los proyectos de los particulares urbanizadores. Tal situación sólo puede obtenerse mediante la afectación concreta de la reserva y la correspondiente cesión o expropiación.

Habiéndose determinado que la Resolución n° JI-0003/91 no configuró cambio alguno de la zonificación asignada a la zona ni estaba viciada de incompetencia manifiesta, la misma resulta válida y válidos los actos de otorgamiento de constancia de cumplimiento de variables urbanas sobre las base de las cuales la recurrente realizó edificaciones en la parcela n° 149, conformes a los usos de la zonificación C-2, tal y como lo decidió el *a quo* en la sentencia apelada. Así se decide.

*Voto Salvado de la Juez Trina Omaira Zurita*

Visto el contenido del fallo que precede, quien suscribe la jueza Trina Omaira Zurita, forzosamente se aparte del criterio y de las decisiones resultantes del mismo, con fundamento en las consideraciones que de seguida pasa a exponer:

PUNTO PREVIO

(Marco teórico conceptual)

La ordenación territorial entendida no sólo como la regulación de las construcciones urbanas, sino en general como la disciplina de los asentamientos humanos, visión que comprende el suelo urbano que hay que consolidar, rehabilitar o conservar; el suelo que se debe urbanizar, el régimen del llamado “suelo rustico”, puede ser definida como la expresión espacial de la política económica, social y ambiental de toda sociedad y supone una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio y sobre todo la calidad de vida del hombre.

Ordenación territorial que se conecta directamente con la ordenación urbanística, es decir, el desarrollo de la actividad pública en el campo del urbanismo, la cual según el Maestro Antonio Moles Caubet, se ha desarrollado en dos etapas, correspondientes a dos concepciones distintas: en la primera, la función urbanística “se limitaba al encauzamiento de la construcción”, en cuanto esto implicaba el ejercicio de un derecho privado, el “*jus aedificandi*”; la segunda, corresponde al momento en el cual la función urbanística se vincula a “...dos determinantes: una la planificación y la otra el régimen del suelo que afecta al acondicionamiento de su uso, lo cual constituye una vinculación de la propiedad. Pero ello, por tratarse de una materia propia de la reserva legal, sólo es posible mediante la ley formal...” (Moles Caubet, Antonio, “Planificación y Zonificación en el Área Metropolitana de Caracas”, *RDP* n° 5, 1981).

Ordenación urbanística que por su parte se relaciona con la planificación urbanística igual que el género a la especie, derivando ésta última en la zonificación, como uno de los elementos esenciales de aquélla (la planificación), por cuanto a través de ella -de la zonificación- se le asigna un destino específico a la propiedad inmobiliaria que se armoniza con el de todo un núcleo urbano en el cual se ubica. Supone pues, la zonificación urbanística, un proceso previo de calificación del suelo, de acuerdo con el fin señalado y de clasificación o discriminación del mismo, de conformidad con las condiciones precedentemente determinadas por la calificación. De allí, que la zonificación es un concepto que se puede definir e identificar por su finalidad que es, como se señaló, la tipificación del suelo, de acuerdo con su objetivo urbanístico. Otra definición valedera es la que en sentido instrumental nos la revela como la técnica de identificación de las diferentes divisiones del suelo. Se puede igualmente definir

tal noción mediante su aspecto dinámico, aludiendo al proceso que tiende a la determinación de los usos atribuidos al suelo y, finalmente, puede entenderse institucionalmente como el sistema que permite determinar el objetivo asignado a determinadas porciones de territorio municipal, atendiendo a la división que del mismo se efectúa en fracciones que dependen de los usos que a cada una de ellas le son atribuidos. (Negrillas de la disidente), es en esta última acepción que debe ser entendida la zonificación en el caso *sub examine*.

La zonificación, cualquiera sea el sistema que se adopte, se presenta como algo más que una simple demarcación del suelo. De allí que se afirme que la zonificación -demarcada en zonas- se define por el objeto, el destinatario y los efectos jurídicos, comprendiendo dicha noción dos componentes diferenciados pero conexos: "... a) La determinación del uso que deberá darse a las diversas porciones del territorio zonificado, lo cual se denomina técnicamente zonificación funcional; y b) Las características que en cada una de tales porciones deberá tener la construcción, a lo que se denomina técnicamente zonificación arquitectónica..." (Moles Caubet, A., trabajo citado); siendo la zonificación funcional un elemento constitutivo del Plan de Desarrollo Urbano y que "... ha de establecerse, por tanto, en el mismo acto administrativo que la configura jurídicamente confiriéndole legitimidad. Es ello evidente porque, implicando la zonificación una limitación a la propiedad y otros derechos reales, únicamente puede dimanar de un acto que, como el Plan de Desarrollo Urbano, se forma y modifica con las garantías de un procedimiento que permite la intervención de los interesados (fase de información pública)..." (Moles Caubet, Antonio: *op.cit.*).

Desde su perspectiva jurídica, la zonificación nos presenta las siguientes notas esenciales en nuestro sistema:

- a. Constituye una potestad que, en el área urbanística, se le acuerda a la autoridad municipal.
- b. Tal potestad ha de ejercerse mediante ordenanzas que, según la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal y la actual Ley Orgánica del Poder Público Municipal, son actos dictados por el Concejo Municipal respectivo.
- c. El objeto de las ordenanzas es determinar el uso y las características que las construcciones deberán presentar en las diferentes zonas, lo cual ha de estar fundado a su vez, en una norma que establezca los planes generales de la ordenación urbana.
- d. El fin perseguido por la zonificación es el de salvaguardar las condiciones de salubridad, seguridad, higiene, estética y de funcionalidad de las edificaciones.

Analizado como potestad pública a nivel municipal, el poder de establecer los usos del terreno, se presenta como una atribución del ente público, que ha de ejercerse frente a los particulares quienes se colocan en situación de subordinación frente al Municipio, por cuanto este poder actúa en forma vinculante y con carácter autoritario. Tales condiciones revelan elocuentemente que ha sido modificada la filosofía de "*ius aedificandi*". En efecto, el fundamento ideológico del sistema urbanístico es la transformación de la propiedad del suelo en una función pública, lo cual se evidencia en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, al establecerse:

*"Se declara de utilidad pública y de interés social todo lo concerniente a la ejecución de los planes de ordenación urbanística..."*

Hechas las precisiones anteriores, la jueza disidente pasa de inmediato a exponer las razones que la llevan a apartarse de la mayoría sentenciadora en la presente decisión, para lo cual y a los fines de una mejor inteligencia de lo expuesto se tratarán por separado: (i) el cambio de zonificación aislada; (ii) la declaratoria de nulidad de los actos de efectos particulares recurridos; y (iii) el daño consecuencia de la presunta responsabilidad de la Administración Municipal.

## (i) EL CAMBIO AISLADO DE ZONIFICACIÓN:

La mayoría sentenciadora en el cuerpo del presente fallo afirma:

“(…)Este criterio se corresponde con la noción de generalidad, propia de la zonificación como instrumento de planificación urbana, pues con él se está aplicando varios destinos, con lo cual no desnaturaliza el derecho de propiedad sino que se delimita su contenido, ofreciendo al propietario una gama de posibilidades de disposición, acordes con la planificación integral de la zona (…)”

“(…) Pretender que la planificación del urbanizador configura una afectación perpetua al uso específico y singularizado en el proyecto es pretender conferir a este particular potestades que ni siquiera la autoridad podría realizar mediante actos normativos (…)”

“(…) Es así inconcebible que la zonificación se entienda como una afectación concreta y específica a un uso exclusivo (…)”.

Ante tales afirmaciones, se impone observar que tal como lo afirma el Maestro Moles Caubet (citado *ut supra*), la zonificación -demarkada en zonas- tiene efectos jurídicos; concretamente, la zonificación funcional, una vez establecida en el Plan de Desarrollo Urbano adquiere la legitimidad que le confiere el hecho de estar contenida o ser parte de un acto administrativo que goza de una presunción de legalidad y de legitimidad e implica -como quedó dicho- una limitación de la propiedad y otros derechos reales (El artículo 99 de la Constitución del 61, establecía claramente que en virtud de su función social “la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”); por lo que no entiende la jueza disidente como pueda afirmarse categóricamente que resulta “inconcebible que la zonificación se entienda como una afectación concreta y específica a un uso exclusivo”, tratándose, como se trata de una zonificación funcional, entendida en los términos *supra* expuestos.

Por otra parte, se observa que la urbanización Colinas del Tamanaco quedó zonificada como zona con Reglamentación Especial (RE), según el plano de zonificación anexo al acuerdo n° 25 de fecha 15 de septiembre de 1966 y las Variables Urbanas Fundamentales correspondientes a la parcela n° 149, quedaron aprobadas en el Oficio n° 1370 del 28 de julio de 1971, suscrito por el Director de Ingeniería Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda, en la época en la cual el Concejo Municipal de dicho Distrito concentraba funciones legislativas y ejecutivas.

Importa precisar en este punto, que la expresión zona con Reglamentación Especial (RE), corresponde a una zonificación no desarrollada dentro de la Ordenanza, por lo que debe ser sometida a reglamentación especial por parte del Concejo Municipal (o Cámara Municipal), órgano legislativo del Municipio, competente para establecer las condiciones de desarrollo de los urbanismos, y que las Variables Urbanas Fundamentales (VUF), son normas de carácter general que fijan las variables necesarias y básicas para acometer un desarrollo habitacional o comercial en áreas urbanas.

Afirma también la mayoría sentenciadora que el artículo 182 de la “Ordenanza de Zonificación”, “(…) *esta simplemente reconociendo una situación fáctica y calificando como RE estas urbanizaciones, las cuales debían regularse, ahora bajo el ordenamiento urbanístico, a través de planes especiales (…)*”.

Agrega más adelante “...Siendo nota característica de la zonificación la generalidad, considera la Corte que la regulación a que se contrae el artículo 182 de la Ordenanza de Zonificación a lo sumo permitió una definición general de los usos de la zona, dando contenido a la calificación RE efectuada en la norma, admitiendo, eso si, que en las asignaciones específicas realizadas mediante los proyectos del urbanizador se aplicasen las condiciones especiales fijadas en los correspondientes oficios aprobatorios...”

Como punto previo deben precisarse el contenido de los conceptos Reglamentos Especiales y Planes Espaciales: los primeros corresponden a aquellos reglamentos (vinculados a la clasificación "Zonas RE"), dictados por el Concejo Municipal en ejercicio de las facultades que en materia de desarrollo urbanístico le otorga la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal; mientras que los segundos - los Planes Especiales- tal como los define el artículo 49 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, están referidos a "(...)la ordenación, creación, defensa o mejoramiento de algún sector particular de la ciudad (o centro poblado) ...", privando en este caso "(...) el criterio formal en el sentido de que cualquier sector puede ser objeto de un plan especial siempre, desde luego, que dicho plan no signifique una radical transformación de las características del sector porque en ese caso sería necesario modificar los planes jerárquicamente superiores (...) "(...) Desde el punto de vista material, los planes especiales pueden tener por objeto la preservación y conservación de ciertas áreas o sectores, por razones históricas, arquitectónicas, artísticas o ambientales; el acondicionamiento de zonas de interés turístico o paisajístico, así como el desarrollo de programas de urbanismo progresivo o el control urbano de determinados asentamientos..." (Garrido Rovira, Juan, *La Ordenación Urbanística*, p. 25, Edit. Arte, 1988).

Precisado lo anterior, se observa que el artículo 182 de la "Ordenanza de Zonificación del Municipio Autónomo de Sucre, dictada en el año 1992, así como la dictada el 16 de febrero de 1978, establecen en idénticos términos lo siguiente:

Art. 182: Las zonas R-E son aquellas sometidas a reglamentos especiales dictados por el Concejo Municipal y también aquellas urbanizaciones cuyos permisos de construcción fueron otorgados estableciendo normas especiales o distintas a las previstas para zonas similares en esta ordenanza.

Los permisos de edificación y la zonificación se regirán para tales zonas, por lo prescrito en los mencionados reglamentos especiales o permisos de construcción de urbanizaciones según el caso.

Se infiere de la norma transcrita que dentro de la categoría "Zonas R-E", se contemplan dos (2) subcategorías distintas: 1) Las Zonas R-E sujetas o sometidas a los Reglamentos Especiales dictados por el Concejo Municipal, en ejercicio de las competencias que le son propias; y 2) Las Zonas R-E sujetas a normas especiales o distintas a las establecidas en la Ordenanza de Zonificación, pero que están contenidas en los permisos de construcción, tal como lo señala más adelante el legislador municipal en el único aparte de la norma en comentario.

"Los permisos de edificación y la zonificación se regirán, para tales zonas, por lo prescrito en los mencionados reglamentos especiales o permisos de construcción de urbanizaciones, según el caso."

Esto es así, en razón de que antes del 19 de agosto de 1972 (fecha de entrada en vigencia de la "Ordenanza sobre la Ordenación Urbana), los municipios tenían facultad para otorgar permisos de construcción y por vía de consecuencia las zonificaciones individuales (V., al respecto: Torrealba Narváez, Luís, "La Planificación Urbana Local y sus Principales Problemas Jurídicos Actuales en Venezuela", en *RD* n° 4, 1980, p. 55 y ss.); fijándose las condiciones de desarrollo a través de la concertación entre el propietario, el profesional responsable de la obra y la autoridad municipal. Concertación que se materializaba en un permiso o especie de cartilla particular del urbanismo a desarrollar, el cual como todo urbanismo debía tener una variedad de usos que satisficieran la demanda de la población a servir, lo que explica que determinadas parcelas, por ejemplo, quedaran establecidas con el uso multifamiliar con densidades netas variadas, otras con uso unifamiliar, bifamiliar -entre otros usos- y a cuyos habitantes habría que garantizarles los servicios de carácter comunal entre los cuales se encuentran los comerciales, asistenciales, recreacionales, deportivos y de servicio, por lo que asignarle dentro de un desarrollo a una parcela determinada el uso de, asistencial, educacio-

nal, o de bomba de gasolina, no puede ser interpretado como una limitación extrema de la propiedad, ni desnaturaliza tal derecho, por cuanto su uso surgió de las necesidades colectivas del sector y de la cantidad de población a servir; por lo que la eliminación de un uso asignado, introduce desequilibrio en la zona y la sustitución de esta por nuevos y distintos usos, constituye una invasión de usos que deteriora el equilibrio que debe existir en el desarrollo urbano y el cual se supone se debe garantizar con los Planes de Desarrollo Urbano.

En cuanto al cambio de zonificación aislada en el cual habría incurrido la autoridad administrativa municipal al dictar la Resolución n° JI-003/91 de 17 de mayo de 1991, se observa que el Artículo 46 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, al regular las modificaciones o reformas a los planes de desarrollo urbano local, establece de manera categórica que:

“1.- En ningún caso se permitirán cambios de zonificación aisladas o singularmente propuestos. Todo cambio de zonificación debe ser integral o formar parte de algún plan sectorial.”

Declarando el artículo 113 *eiusdem* la nulidad absoluta de “los actos generales o particulares que consagren cambios de zonificación aislada o singularmente propuestos”, estableciendo en consecuencia sanción de multa de hasta diez (10) veces la remuneración mensual, a los concejales y demás funcionarios municipales que hubieren aprobado dichos cambios. Todo sin perjuicio de la responsabilidad individual civil o penal a que hubiere lugar.

Entiende quien disiente que la intención del legislador es impedir los cambios de zonificación aisladas o singularmente propuesto (como sería el caso que nos ocupa), por cuanto esto -entre otros- es contrario a la búsqueda de un desarrollo equilibrado de las regiones y de las localidades, fin último perseguido a través de la ordenación urbanística y territorial.

De manera que la prohibición absoluta de levantar una nueva zonificación o lo que comúnmente es denominado “re zonificación”, recae sobre los cambios que se presentan aislados o singulares, es decir, aquéllos que no se presentan de forma integral o formando parte de un plan integral. Con este tipo de disposiciones normativas, se pretende evitar algo que es común en nuestro medio urbano, y es la transformación de la fisonomía urbanística de un sector con la presencia de construcciones que constituyen excepciones a la naturaleza o destino del mismo, aceptadas o consentidas por las autoridades y que cambian la fisonomía general de la zona.

Si se analizan los requisitos esenciales de los planes de urbanismo de los cuales, la zonificación constituye la máxima concreción, es decir, el más particularizado de todos, se aprecia que es en esta prohibición absoluta donde se pone de relieve el carácter estricto que posee la normativa urbanística. En efecto, la doctrina indica como tales requisitos esenciales a la Obligatoriedad, que ha de entenderse en el sentido de que, hasta tanto no sean modificados los Planes (Generales o Particularizados), los mismos tienen el valor de disposiciones objetivas (así lo ha establecido la Casación italiana) y, en consecuencia, deben ser aplicados rigurosamente, tanto por los administrados como por los entes públicos, incluso por las autoridades que han concurrido a elaborarlos y que no pueden alejarse de ellos sin incurrir en graves ilegitimidades, aún cuando un evidente beneficio pueda derivar para la comunidad. Deriva igualmente de tal carácter el hecho de que las prescripciones contenidas en los Planes no pueden considerarse derogadas por falta de uso. Otro de los requisitos es la Publicidad que ha de entenderse en el sentido de que su contenido ha de ser llevado al conocimiento de los ciudadanos en todos sus detalles, incluso durante las fases de su aprobación, razón por la cual los procedimientos administrativos en esta materia tienden a establecer la participación de la comunidad.

Finalmente, el requisito que alude directamente a la prohibición que se expusiera, es la Estabilidad, que debe entenderse en el sentido de que los planes urbanísticos pueden ser modificados sólo cuando exigencias públicas de gran importancia así lo requieran, debiendo ser adoptados los cambios sólo mediante el cumplimiento de las mismas formalidades establecidas para los planes originales.

Es en base al antes señalado principio de estabilidad se sostiene que la rezonificación aislada no es posible, ya que tal situación particular no puede encajar en la noción señalada de “exigencia de notable importancia”, aludida anteriormente; y por otra parte, sería contraproducente desde el punto de vista del orden urbano, modificar toda una ordenanza para que varíe el destino de una simple parcela. En relación con esto último, un acontecer de tal índole implicaría una regulación “singular” que es contraria a la naturaleza general de los planes urbanísticos.

Dentro de este mismo orden de ideas, en el caso concreto, se precisa si la zonificación funcional implica la determinación del uso que deberá dársele a la parcela, habiéndose asignado a la Parcela n° 149 un uso para “bomba de gasolina” y como consecuencia de la interpretación contenida en la Resolución n° JI-003/91 de 17 de mayo de 1991, suscrita por la Alcaldesa del Municipio Baruta para la fecha, se construye un Centro Profesional en lugar de una bomba de gasolina, es evidente que se produjo un cambio de zonificación aislada, no sólo porque se sacó a la parcela n° 149 de la clasificación otorgada a la Urbanización en el Acuerdo n° 25 y en los planos de zonificación de dicha Urbanización, sino que se le cambió además el uso.

A lo cual habría que agregar que, tal como lo afirma el Maestro Moles Caubet en el trabajo citado anteriormente, la zonificación tiene por únicos destinatarios a los propietarios de los inmuebles objeto de la misma, los cuales resultan obligados a destinar sus inmuebles al uso fijado y a someter las correspondientes construcciones a las normas que las regulan; por lo que, firme el acto de asignación del uso “... *éste produce una situación consolidada generadora de derechos subjetivos que han de ser respetados ...*”.

El oficio aprobatorio del Reglamento Especial para la Urbanización Colinas del Tamanaco esta fechado 28 de julio de 1971, (*Vid.* Folios 102 al 112) y no es sino hasta el 7 de octubre de 1998 cuando con motivo de un recurso de nulidad interpuesto por la Asociación de Propietarios y Residentes de la urbanización Colinas del Tamanaco, la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda dio inicio a un procedimiento administrativo de revisión destinado a determinar si se había o no configurado un cambio de zonificación aislado y es en el año 1998, cuando se presenta ante la Alcaldía de Baruta la solicitud de Obra Nueva por parte del recurrente, aproximadamente diecisiete (17) años después de haber aprobado el uso otorgado a la parcela, tiempo suficiente para que haya quedado firme la asignación del uso y se haya consolidado la situación, tal como lo afirma el Maestro Moles Caubet.

#### ii) LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LOS ACTOS DE EFECTOS PARTICULARES RECURRIDOS.

Para la fecha de entrada en vigencia de la “Ordenanza de Zonificación” (Año 1972), conforme a la “Ordenanza sobre Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Caracas y su Zona de Influencia (G.M. n° 13.804 DE 19/8/1972), el ejercicio de la autoridad urbana municipal en el Distrito Sucre del Estado Miranda, correspondía al Concejo Municipal; a la Comisión Metropolitana de Urbanismo; a la Oficina de Planeamiento Urbano y/o a las Ingenierías Municipales o su equivalente dentro del ordenamiento jurídico de las Municipalidades integradas. Luego con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, el legislador otorgó a los Concejos Municipales competencia para aprobar los planes de desarrollo urbano local; por lo que al tramitar la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda, el recurso de apelación ejercido contra el Oficio n° 4180 fechado 27 de agosto de 1989, en la forma como lo hizo, asumiendo competencias que no le estaban atribuidas expresamente en la Ordenanza de Zonificación, incurrió en usurpación de funciones, por tanto en un vicio de incompetencia manifiesta; máxime cuando el artículo 5 de dicha Ordenanza, la cual fue dictada el 16 de febrero de 1978, por tanto aplicable *rationae temporis*, es claro al establecer que:

Las urbanizaciones existentes, así como las que proyecten, después de entrar en vigencia la presente Ordenanza, deberán ajustarse tanto a las disposiciones contenidas en la Ordenanza sobre Arquitectura, Urbanismo y Construcciones en General, como a las normas y preceptos especiales que se consagran en la presente Ordenanza. En lo que respecta a las existentes, la disposición se refiere a los espacios aún no construidos, a los usos, reconstrucciones y modificaciones de las edificaciones ya construidas.

En la parcela n° 149, según consta en autos, la obra fue iniciada en el año 1998, por lo que para la fecha en que se dicta la Ordenanza (1972), la parcela entraba en la categoría de “espacios aún no construidos”, siéndole en consecuencia aplicable las disposiciones contenidas en la mencionada Ordenanza.

Por su parte el artículo 242 de la misma Ordenanza al aprobar las hojas 1,2,3, y 4 del Mapa de Zonificación, encarga a la Ingeniería Municipal de preparar el resto de hojas del referido Mapa, hasta cubrir el área total del Distrito Sucre a las cuales el Concejo Municipal le iría dando la sanción legal correspondiente a medida que hubieren sido presentadas y establece que en tanto este procedimiento se realice, el área del Distrito no comprendida dentro de las hojas del Mapa de Zonificación aprobadas, estarán regidas “... en cuanto a zonificación por los siguientes puntos: a) Las urbanizaciones ya aprobadas, por los planos de zonificación aprobados en el respectivo permiso de construcción”, con lo cual entiende la jueza disidente se legitimó dichas zonificaciones.

Siendo esto así, habiendo sido aprobada en el Plano de Zonificación anexo al Acuerdo N° 25 del 15 de septiembre de 1966, la Urbanización Colinas del Tamanaco como Zona de Reglamentación Especial (R-E) y habiéndole sido otorgado a la parcela n° 149 el uso específico de bomba de gasolina, obviamente que la Alcaldesa del Municipio Baruta al recibir el recurso de de reconsideración interpuesto contra el Oficio n° 1622 de 25 de abril de 1989, debió asumir la conducta del “buen profesional” y tramitar dicho recurso ante la Cámara Municipal, de manera que ésta en uso de las competencias atribuidas en la materia, resolviera lo conducente o al límite remitir el recurso a la Ingeniería Municipal a objeto de que previo el estudio técnico pertinente, esta Dirección habilitada como estaba por la Ordenanza, lo tramitara ante la Cámara Municipal.

De allí que la funcionaria al no seguir el *iter procedimental* que se imponía, no obstante el presunto vacío legal, disponiendo discrecionalmente (facultad discrecional que por lo demás no consta en autos) que la zonificación para dicha parcela era la correspondiente al artículo 125 de la Ordenanza de Zonificación vigente para la fecha, es decir C-2 (comercio vecinal), incurrió en usurpación de funciones y violó los principios de jerarquía de los actos administrativos y paralelismo de las formas, al resolver la aclaratoria de un Acuerdo dictado por el Concejo Municipal (Acuerdo n° 25), sobre una materia, como la urbanística, cuya competencia esta atribuida al Concejo Municipal (entiéndase Cámara Municipal) y respecto a la cual sólo le correspondía de conformidad con el artículo 74, numeral 8 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal (G.O. N° 4109 de 15 de junio de 1989) “*Elaborar y disponer la ejecución de los planes del desarrollo urbano local, sancionados por el Concejo o Cabildo*”.

Es más, en Oficio n° 1370 de 28 de julio de 1971, interpretado por la funcionaria municipal, con motivo del recurso interpuesto, lo que se establece es que: 1) Que la solicitud n° 1603 había sido aprobada y que quedaba sujeta a las condiciones allí expuestas; 2) Que en cuanto a la construcción a edificarse como centro comercial “esta deberá estudiarse sobre las seis (6) parcelas como proyecto de conjunto y la notificación será posterior”; 3) Que en ese centro comercial “sólo podrán establecerse los usos que se especifican en la Ordenanza de Zonificación vigente bajo la reglamentación C-1 Comercio Local”; y 4) Que “la parcela 149 con un área de 1.760 m<sup>2</sup> será destinada a Estación de Servicios y Bomba de Gasolina” (“...)

Deberá estudiarse el proyecto cumpliendo todas las normas de seguridad específicas sobre la materia y obtener la aprobación de la Gobernación del Estado y del Cuerpo de Bomberos (...)”.

Contrariamente a lo declarado por la mayoría sentenciadora en el presente fallo y en atención a las precedentes consideraciones, quien disiente, considera que la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda, al incurrir en los vicios de usurpación de funciones e incompetencia, vicio de nulidad absoluta la Resolución n° JI-003/91 del 17 de mayo de 1991 e infringió el artículo 46 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística al haber acordado un cambio de zonificación aislada, sin seguir el procedimiento establecido en los instrumentos legales que regulan la materia, entendiéndose Ordenanza sobre Zonificación y Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en sus partes pertinentes.

Siendo lo anterior así, actuó ajustada a derecho la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda al revocar mediante Oficio 00570 de 16 de marzo de 2000, la Resolución n° JI-0003/91 de 17 de mayo de 1991, así como los Oficios n° 1191, 1132 y 924 fechados 9 de agosto de 1991 el primero y 4 de septiembre y 26 de agosto de 1996, los segundos.

Observándose en relación a dicha decisión que la más importante de la manifestación de autotutela de la Administración, es la potestad revocatoria de la Administración, es decir, la potestad de extinguir sus actos en sede administrativa; potestad regulada por el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), conforme al cual:

Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico.

De la anterior disposición se desprende claramente que los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, sea por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, sea por el superior jerárquico, siempre que no originen derechos subjetivos e intereses legítimos, personales y directos para un particular.

En relación a la parte in fine de la norma transcrita, se observa que el artículo 19, Ordinal 2°, *eiusdem*, relativo a los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos, destaca que son nulos de nulidad absoluta aquellos actos que resuelvan asuntos precedentemente decididos con carácter definitivo y que hayan creado derechos a favor de los particulares, salvo autorización expresa de la Ley, es decir, que se requiere regulación expresa de la Ley especial para declarar la nulidad de aquellos actos que hayan creado derechos subjetivos, caso contrario, rige el principio general absoluto conforme al cual: no pueden ser objeto de revocatoria los actos administrativos creadores de derechos subjetivos a favor de los particulares. A este respecto cabe señalar que nuestro Máximo Tribunal en Sala Político-Administrativa (Sentencia de 13-7-2004), ratificó el criterio jurisprudencial que venía sosteniendo la extinta Corte Suprema de Justicia (*V., Caso Despacho Los Teques, C.A. vs. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Renovables* 26-7-1984), en relación a la potestad de autotutela de la Administración:

“(...) Así también, desde hace bastante tiempo reconoció la jurisprudencia de esta Corte la existencia de la llamada potestad de autotutela de la Administración Pública, según la cual pueden y deben los órganos competentes que la integran revocar de oficio, en cualquier momento, aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también pueden hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos. Tal potestad ha sido reconocida como un atributo inherente a la Administración y no como un “sucedáneo” de la potestad jurisdiccional. En tal sentido, merece ser citada la sentencia de esta Sala del 2-11-67, en la cual se dictaminó que “(...) la facultad de la autoridad administrativa para actuar en tal sentido está contenida en el principio de la autotutela de la Administración Pública, que da a ésta poderes de revocar y modificar los actos administrativos que, a su juicio, afecten el mérito o legalidad de los casos por ellos contemplados (...)”.

De la sentencia transcrita, se desprende que la estabilidad de los actos administrativos se traduce siempre en una necesidad de esencia finalista para el ordenamiento jurídico, tanto para la eficacia del acto como para la seguridad jurídica de los particulares, y en segundo lugar, que puede y debe la Administración declarar la nulidad de oficio en cualquier momento, de aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también pueden hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos.

Ahora bien, en el caso concreto, la Administración Municipal por una parte, tiene reconocida su facultad de autotutela, por disposición expresa del artículo 79 de la Ordenanza sobre Procedimientos Administrativos vigente para el Municipio Baruta, por lo cual está legitimada para reconocer en cualquier momento, bien de oficio o a instancia de parte, la nulidad absoluta de los actos dictados por ella, cuando determine que los mismos presentan vicios de tal magnitud que afecten su validez y eficacia; y por la otra, aún cuando la Resolución viciada de nulidad pudo haber creado derechos subjetivos a favor del recurrente, la Ley especial que regula la materia Urbanística, es decir, La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, (G.O. n° 33.868 de 16-12-1987), en su artículo 113 sanciona con la nulidad absoluta los actos de efectos particulares que consagren cambios de zonificación aislada o singularmente propuestos. Proscribe pues el legislador las regulaciones fragmentarias que, desconociendo el carácter de unidad que poseen las secciones de un área urbana, afecten su funcionamiento al no aportar un tratamiento acorde con la concepción de integralidad que identifica al elemento de zonificación.

Evidenciándose como se ha destacado en la presente disidencia que el cambio de zonificación de Estación de Servicio y Bomba de Gasolina, aprobado en la parcela 149, situada en la avenida La Trinidad de la Urbanización Colinas del Tamanaco, mediante Resolución JI-0003/91 del 17 de mayo de 1991, a zona C-2, implica sin lugar a dudas un cambio desarmonizante para la unidad urbanística de la zona, lo que consagra la normativa especial como cambio de zonificación aislado, se determina forzosamente a criterio de quien disiente que dicho acto es nulo de nulidad absoluta, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Es pues, por lo antes expuesto que quien suscribe considera ajustado a derecho el Oficio número 570 de fecha 16 de marzo de 2000 y así debió declararlo esta Corte Primera.

## V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

### 1. *Obligación tributaria. Incumplimiento: Intereses moratorios*

TSJ-SPA (5757)

28-9-2005

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: LERMA C.A. vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT).

**Cuando el contribuyente es deudor frente a la Administración Tributaria, el cómputo de los intereses moratorios comienza luego del vencimiento establecido para el pago de la deuda tributaria sin que se haya efectuado, es decir, las cantidades adeudadas al Fisco generan interés de mora desde el día siguiente al de su vencimiento.**

Finalmente, con relación al alegato esgrimido por el Fisco Nacional según el cual los intereses moratorios fueron indebidamente revocados por el Tribunal *a quo*, este Supremo Tribunal considera necesario hacer ciertas consideraciones en torno al momento en que deben ser exigidos los intereses de mora.

Al analizar la figura de los intereses, se observa que en el derecho privado la figura del interés como fruto del capital, se distingue por su origen entre intereses convencionales, que serían los establecidos a través de la voluntad de las partes e intereses legales, los cuales se originan por prescripción de la ley. En materia tributaria -por amparo del principio de legalidad- se disponen los intereses legales, los cuales se devengan con motivo de la demora o retraso en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación de los tributos.

En tal sentido, resulta oportuno atender al contenido del artículo 60 del Código Orgánico Tributario de 1982, vigente *rationae temporis* al presente asunto, cuyo texto dispone lo siguiente:

**“Artículo 60.- La falta de pago dentro del término establecido hace surgir, sin necesidad de actuación alguna de la administración tributaria, la obligación de pagar intereses hasta la extinción de la deuda, a una tasa equivalente al doce por ciento (12%) anual, adicional a la del redescuento que el Banco Central de Venezuela, fije a los Bancos e Instituciones Financieras.**

*En ningún caso, los intereses moratorios podrán exceder de una tasa equivalente al dieciocho por ciento (18%) anual sobre las cantidades adeudadas.”*

De la norma antes transcrita se puede advertir que basta el incumplimiento en el pago de la obligación principal para considerar ocurrido el nacimiento de los intereses moratorios, siempre y cuando la falta de pago se efectúe dentro del término fijado por el texto normativo respectivo, preceptuando además que la obligación surge “*sin necesidad de actuación alguna de la administración tributaria y se extiende hasta la extinción de la deuda*”.

La finalidad de dichos intereses es indemnizatoria, debido a que no se pretende castigar un retraso culpable, sino de compensar financieramente por el retraso en el pago de la deuda tributaria. En este orden de ideas, lo que se busca es indemnizar la falta de satisfacción del acreedor por no haber obtenido el pago tempestivo de la deuda.

De esta manera, se puede apreciar que la vinculación de la causa de la obligación de pagar intereses de mora atiende a la “*falta de pago dentro del término establecido*”, independientemente de que hubiese habido actuación de la propia Administración Tributaria para hacer líquida la deuda o para requerir el pago, según se trate.

La obligación de pagar intereses moratorios adquiere carácter accesorio con respecto a la obligación principal, ya que nace sobre la base de una deuda existente, y se origina en el retardo en el cumplimiento de ésta, siendo indispensable para su nacimiento la preexistencia de una obligación principal.

En efecto, el cumplimiento tardío de la obligación tributaria mediante el pago fuera del lapso legalmente previsto, igualmente causa la extinción de la obligación; sin embargo, la Hacienda Pública debe obtener una compensación justa representada en el pago de intereses moratorios sobre la cantidad dejada de ingresar, intereses los cuales tienen una función indemnizatoria y no sancionadora.

En tal orden de ideas, debe señalarse que la determinación del tributo no tiene naturaleza constitutiva sino declarativa y la obligación tributaria principal nace al producirse el hecho generador y no al liquidarse la exacción. Así, si la obligación de pagar intereses moratorios sólo tiene como presupuesto necesario la existencia de una deuda tributaria y su nacimiento se encuentra dominado por el elemento mora, sería el retardo en el cumplimiento de la obligación tributaria ya existente, aún cuando no necesariamente esté liquidada, la situación que origina la obligación de pagarlo. En definitiva, los requisitos para la existencia de la mora en materia tributaria serían, en primer lugar, i) la manifestación de un retraso en el cumplimiento de una obligación y, ii) la liquidez y exigibilidad de dicha obligación producto de un proceso de determinación tributaria.

En este sentido, la mora establecida en el artículo 60 del Código Orgánico Tributario de 1982, aplicable *rationae temporis*, es una *mora ex lege*, que deriva de la no ejecución de una obligación de pagar una cantidad de dinero dentro de un plazo fijado por la Ley, en cuyo caso el solo vencimiento de ese plazo produce la mora generadora de los intereses; por lo tanto, se producen automáticamente al verificarse la situación de hecho prevista en su dispositivo, sin que se requiera ninguna otra condición o actuación para el nacimiento de la obligación de pagarlos.

Siguiendo este orden de ideas, resulta importante resaltar que el “término” al cual se encuentra sometido el nacimiento de los intereses moratorios, tiene una mayor relevancia si se tiene en cuenta que la exigibilidad del cumplimiento de la obligación puede estar sometida a un plazo. Así, de existir este término establecido por la Ley, mientras el mismo no se haya vencido o verificado, el cumplimiento de la obligación no se podrá exigir y, en consecuencia, tampoco podrá ocurrir el retardo o tardanza que originaría el nacimiento de los intereses moratorios.

En otras palabras, en materia fiscal se somete el cumplimiento de la obligación a un término durante el cual, aun cuando la obligación ya ha nacido, el acreedor (Administración Tributaria) encuentra suspendido su derecho a cobrar el tributo causado y el deudor su obligación de pagarlo; pero, una vez cumplido el término, la obligación se hace exigible por el solo vencimiento del mismo. En estos casos, el nacimiento de la obligación principal y el momento en que ella se hace exigible se encuentran temporalmente distanciados, y entre ambos, media un plazo determinado por la Ley.

En efecto, se pueden plantear casos en que las normas reguladoras del tributo desplazan la oportunidad del pago de la obligación principal a una oportunidad posterior a la de su surgimiento y para esto señalan un plazo dentro del cual el deudor debe liquidar y pagar. Al vencimiento de este plazo es necesario adjudicarle un valor y unos efectos siendo uno de ellos el de hacer exigible la deuda.

En definitiva, se advierte que la falta de mención expresa en el artículo 60 del Código Orgánico Tributario de 1982 de la exigibilidad de la deuda principal como requisito para la obligación de pagar intereses y la utilización de la expresión “falta de pago dentro del término establecido”, permite concluir, conforme a lo hasta ahora expuesto, que tal cualidad concurre en ella en el momento en que finaliza ese término y que este es el plazo previsto para el pago señalado en la Ley, que regula cada tributo.

Por lo tanto, el vencimiento del plazo como elemento y oportunidad de la exigibilidad de la deuda tributaria, concreta la oportunidad de la causación de los intereses moratorios, independientemente de los recursos administrativos o judiciales interpuestos, pues éstos inciden sobre los efectos (ejecutividad y ejecutoriedad) del acto de determinación de la obligación tributaria y no sobre la situación jurídica acaecida. En consecuencia, durante la vigencia del artículo 60 del Código Orgánico Tributario de 1982, los intereses moratorios se causan al finalizar el término dado para su pago y se calculan desde que termina el término dado para declarar y pagar hasta que éste efectivamente se realice.

En efecto, una vez traspasado el lapso para el cumplimiento previsto en la Ley para la extinción de la obligación tributaria, surge de manera automática el comienzo del período de mora, el cual tiene como presupuesto, la tardanza, el retraso o la falta de puntualidad en el pago de la deuda tributaria. Así las cosas, se debe precisar que cuando el contribuyente es deudor frente a la Administración Tributaria, el cómputo de los intereses moratorios comienza luego del vencimiento establecido para el pago de la deuda tributaria, sin que se haya efectuado, es decir, las cantidades adeudadas al Fisco generan interés de mora desde el día siguiente al de su vencimiento. Así se declara.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala supera el criterio que había venido sosteniendo con respecto al momento de la causación de los intereses moratorios, adoptado en sentencia dictada en fecha 10 de agosto de 1993, número 421, Caso *Manufacturera de Aparatos Domésticos, S.A.* (MADOSA), hasta la presente fecha.

En consecuencia, esta Sala revoca el criterio del *a quo* con respecto a que el artículo 60 del Código Orgánico Tributario de 1982 se debe interpretar en el orden que el término allí establecido (“la falta de pago dentro del término establecido”), atienda a que el cálculo de los intereses moratorios deba ser cierto y que sea definitivo; en otras palabras, que su exigibilidad se desprenda de un acto definitivamente firme. Por consiguiente, el cómputo de los intereses moratorios en caso de deudas en las que la Administración Tributaria es acreedora, comienza a computarse desde el día siguiente al de su vencimiento para el pago, motivo éste por el cual, resulta forzoso declarar procedentes los argumentos expuestos por la representación fiscal al respecto. Así se declara.

De todas las consideraciones expuestas, esta Sala declara parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial del Fisco Nacional contra el fallo n° 540 dictado el 22 de junio de 1998, por el Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas. Así finalmente se decide.

## 2. *Impuestos Nacionales*

### A. *Impuesto sobre La Renta: Exoneraciones*

**TSJ-SPA (5757)**

**28-9-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: LERMA C.A. vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT).

**La Sala Político Administrativa reitera que no están exonerados del impuesto sobre la renta los intereses percibidos por las contribuyentes en Participaciones en Fondos de Activos Líquidos y Mesas de Dinero.**

En cuanto al primer alegato de la apelación, según el cual los intereses devengados sobre participaciones en los fondos de activos líquidos y las mesas de dinero están incluidos en el Decreto n° 922 del 4 de diciembre de 1985, como exoneración del impuesto sobre la renta, este Tribunal debe previamente realizar un análisis sobre la naturaleza de tales mecanismos financieros, para luego interpretar los efectos fiscales que derivan del aludido Decreto sobre el cual está planteada la impugnación.

En tal sentido, esta Alzada observa que los fondos de activos líquidos y los depósitos en mesas de dinero se encuentran regulados en la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito de fecha 23 de diciembre 1987 (publicada en la *Gaceta Oficial* n° 4021 Extraordinaria del 4 de febrero de 1988), como participaciones en carteras de inversión o llamados fondos de mercado monetario, específicamente regulados en la Sección Sexta, Capítulo V, Título I de la prenombrada Ley.

Tales mecanismos tienen como finalidad que una persona (natural o jurídica) coloque su dinero en una institución financiera, a los fines de adquirir un título de participación en una cartera de inversión y así obtener intereses sobre esos montos.

Ahora bien, esta Sala constata que en el caso de autos el reparo abarca los ejercicios fiscales correspondientes a los años 1987, 1988, 1989 y 1990, por concepto de los intereses colocados en participaciones en fondos de activos líquidos y en mesas de dinero, por los

montos de cuatrocientos treinta y cinco mil trescientos cincuenta y un bolívares con cincuenta y cinco céntimos (Bs. 435.351,55); cincuenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y ocho bolívares con cincuenta y siete céntimos (Bs. 54.468,57); doscientos ochenta y siete mil ciento treinta y seis bolívares con treinta céntimos (Bs. 287.136,30) y sesenta mil quinientos cuatro bolívares con cinco céntimos (Bs. 60.504,05), respectivamente.

Así, en cuanto a las exoneraciones de los intereses previstas en el Decreto n° 922 de fecha 4 de diciembre de 1985, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 33.364 de la misma fecha, dictado de conformidad con los numerales 9 y 10 del artículo 14 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, son fundamentalmente exoneraciones objetivas ya que se conceden básicamente a determinados instrumentos financieros (depósitos a plazo fijo, certificados de ahorros, bonos quirografarios, cédulas hipotecarias, títulos emitidos por el sistema nacional de ahorro, entre otros), porque están dirigidas a fomentar el ahorro y con ello elevar los niveles de inversión. En el caso de los depósitos a plazo fijo, se exige, además, que sus plazos sean superiores a noventa (90) días.

En efecto, el numeral 1 del aludido Decreto n° 922, dispone lo que se indica a continuación:

**“Artículo 1.-** Se exoneran del pago del Impuesto sobre la Renta, los intereses que devenguen los depósitos a plazo no menor de 90 días, efectuados en bancos e instituciones regidos por la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito o por leyes especiales.”.

De la lectura de esta disposición, se desprende la existencia de ciertos requisitos de carácter concurrente de acuerdo a los cuales se pueden exonerar los respectivos intereses, a saber:

1. Que se originen de depósitos.
2. Que sean a un plazo no menor de noventa (90) días.
3. Que sean efectuados en bancos e instituciones regidos por la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito o por leyes especiales.

En efecto, esta Sala en un caso similar al de autos mediante sentencia n° 00647 de fecha 16 de mayo de 2002, (Caso *Cervecería Polar, C.A. y Cervecería Polar del Centro, C.A.*), ratificada recientemente en sentencia n° 04924 del 14 de julio de 2005 (Caso *Super Octanos, C.A.*), interpretando el contenido del Decreto de Exoneración n° 922 del 4 de diciembre de 1985, expresó lo siguiente:

*“las ‘Participaciones’ en colocaciones hechas en las Mesas de Dinero y en los Fondos de Activos Líquidos, y que ofrecían un interés superior a la de los otros títulos no estaban previstas entre los instrumentos financieros contemplados en el señalado Decreto. Ciertamente que la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Créditos y el Decreto n° 750 de fecha 07 de agosto de 1985, publicado en la Gaceta Oficial n° 33.280 de igual fecha, exigía que dichas Participaciones sólo podían hacerse y venderse sobre títulos emitidos o avalados por la República, tales como los certificados de depósitos a plazo, cédulas hipotecarias, bonos financieros, bonos quirografarios, certificados de ahorros y otros que gozaban de la exoneración financiera; pero en concepto de esta Sala, tal beneficio fiscal no es posible extenderlo a las participaciones, porque ellas no son de los títulos previstos en el tantas veces nombrado Decreto de Exoneración n° 922 de fecha 04 de diciembre de 1985, tanto menos cuanto que dichas Participaciones se colocaban por lapsos menores de 90 días y, en consecuencia, ni siquiera cubrían el tiempo previsto para los Depósitos a plazo fijo que gozaban de dicha exoneración. En consecuencia, esta Sala declara improcedente la pretendida exoneración de los intereses percibidos por las contribuyentes en Participaciones en Fondos de Activos Líquidos y Mesas de Dinero”.* (Destacado de la Sala).

De este modo, de la revisión de las actas que componen el expediente pudo esta Sala verificar que las cantidades de Bs. 435.351,55; Bs. 54.468,57; Bs. 287.136,30 y Bs. 60.504,05, declaradas por la contribuyente como fondos objeto de exoneración, no sobrepasan el plazo

de noventa (90) días exigidos por el Decreto en referencia. Ciertamente, las referidas sumas correspondientes a los ejercicios coincidentes con los años civiles de 1987, 1988, 1989 y 1990, debidamente demostradas a los folios 296, 297 y 303 de la segunda pieza que conforma el expediente judicial, no cumplen las exigencias previstas en el primer numeral del Decreto n° 922 del 4 de diciembre de 1985, antes citado, por cuanto no exceden el plazo de noventa (90) días en él requerido.

Asimismo y ratificando el criterio esgrimido en la sentencia antes citada, esta Sala juzga que los intereses obtenidos sobre participaciones en fondos de activos líquidos o en mesas de dinero no están expresamente establecidos en la norma sublegal que acuerda la exoneración.

Cualquier interpretación diferente a ésta del mismo numeral indicado, resultaría en la creación de una exoneración no acordada por la Ley, figura que contravendría el principio de la legalidad previsto en el artículo 224 de la Constitución de 1961, y desarrollado específicamente en el artículo 5 del Código Orgánico Tributario de 1982, aplicables al caso de autos en razón de su vigencia temporal, (hoy artículo 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Ahora bien, entiende esta Sala, que visto que la letra de la norma es suficientemente clara para saber que los depósitos a plazo (sujetos al beneficio fiscal de la exoneración), deben cumplir con la condición de estar negociados a un plazo no menor de noventa (90) días y, además, habiéndose constatado de autos que los intereses declarados por la contribuyente como exonerados del impuesto sobre la renta, no están expresamente beneficiados con tal exoneración, resulta forzoso para esta Alzada confirmar el reparo efectuado por la Administración Tributaria a los ejercicios coincidente con los años civiles 1987, 1988, 1989 y 1990, por las cantidades de Bs. 435.351,55; Bs. 54.468,57; Bs. 287.136,30 y Bs. 60.504,05, respectivamente, con base en el rechazo de los intereses provenientes de participaciones en mesas de dinero o en fondos de activos líquidos, declarados por la contribuyente como exonerados del referido tributo, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 del Decreto n° 922 del 4 de diciembre de 1985. En consecuencia, se procede a revocar la decisión del *a quo* por interpretar en forma errada el Decreto n° 922 de fecha 4 de diciembre de 1985 antes mencionado. Así se declara.

B. *Impuesto al valor agregado*

**TSJ-SPA (4581)**

**30-6-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Cervecería Polar Del Centro, C.A. (CEPOCENTRO) vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

**La Sala Político administrativa analiza las normas contenidas en la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, actual impuesto al valor agregado, respecto de las operaciones no sujetas a dicho impuesto, en el contexto de la creación por parte del legislador nacional de regímenes aduaneros especiales en áreas o territorios conocidos como zonas francas o puertos libres, segregadas de dicha normativa impositiva en virtud de su naturaleza y fines.**

Planteados así los términos para decidir, esta Sala estima pertinente a los fines debatidos partir del análisis de la normativa vigente y aplicable al caso bajo examen, a saber, lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 14 de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor y en el artículo 23 del Reglamento de dicha Ley (*Gaceta Oficial* n° 4.827 Extraordinario del 28 de diciembre de 1994), cuyos textos resultan del siguiente tenor:

*“Artículo 14: No estarán sujetos al impuesto previsto en este Decreto:*

*(...)*

*6.- Las importaciones de bienes provenientes del exterior bajo el régimen de puerto libre, así como las ventas efectuadas en esas áreas o secciones del territorio aduanero nacional sometido a régimen especial.”*

*“Artículo 23: No están sujetas al impuesto las importaciones no definitivas bienes muebles.*

*Entre éstas, deben incluirse las importaciones acogidas a los siguientes regímenes aduaneros especiales:*

*(...)*

*- Importación con destino a Zona Franca o Puerto Libre.*

*(...)”*

De la normativa precedentemente transcrita puede colegirse que tanto las importaciones definitivas de bienes provenientes del exterior, las no definitivas cuando sean destinadas a una zona franca o puerto libre, así como las ventas de bienes efectuadas en esas áreas del territorio aduanero nacional sometidas a regímenes aduaneros especiales, no están sujetas al pago del impuesto al consumo suntuario y a las ventas al mayor.

Así, vistos los supuestos de no sujeción o de no causación contemplados por la normativa aplicable material y temporalmente al caso de autos, observa este Alto Tribunal que las ventas efectuadas por la contribuyente con destino al Puerto Libre del Estado Nueva Esparta no pueden encuadrarse dentro de los supuestos referidos a la importación definitiva de bienes provenientes del exterior ni bajo la figura de la importación no definitiva, toda vez que no se trata de mercancías extranjeras que ingresan al territorio aduanero nacional, sino de mercancías nacionales que son sometidas a un régimen especial de puerto libre. En efecto, lo que se discute en el presente caso es la sustracción de dichas mercancías de un régimen aduanero ordinario y su posible afectación a uno especial.

Ahora bien, en cuanto al segundo de los supuestos regulados por el numeral 6 del artículo 14 de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, pudo advertir asimismo este Alto Tribunal que tal presupuesto fue dictado por el legislador tributario, en principio, para regular lo relativo a las ventas de bienes que se efectúen dentro de las áreas o secciones del territorio aduanero nacional sometidas a régimen aduanero especial de puerto libre, sin distinguir si el mismo alcanzaba a las ventas de mercancías provenientes de tierra firme pero destinadas a ser comercializadas en el territorio de puerto libre. En efecto, del análisis de la mencionada Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, pudo constatar este Máximo Tribunal que dicha Ley guardó silencio en cuanto al tratamiento impositivo que debía conferírsele a las ventas efectuadas desde el territorio aduanero sometido a régimen ordinario pero destinadas a puerto libre; motivo por el cual debe esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 del Código Orgánico Tributario de 1994 y 4 del Código Civil, interpretar si dentro del referido supuesto podían encuadrarse las ventas de mercancías efectuadas desde tierra firme, ello a los efectos de precisar la correcta determinación de los créditos y débitos fiscales originados en la cadena impositiva de dicho tributo al consumo suntuario y a las ventas al mayor.

Tal como se señaló, la mencionada Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor y su Reglamento, establecieron que no estarían sujetos al impuesto previsto en la misma las importaciones provenientes del exterior bajo el régimen de puerto libre, las ventas efectuadas en esas áreas del territorio sometidas a régimen aduanero especial, así como las importaciones no definitivas que ingresaren a dichas secciones o áreas del territorio

aduanero nacional; pero no establecieron nada respecto al tratamiento a las ventas efectuadas desde el territorio nacional hacia esas zonas. Situación ésta que, a juicio de la contribuyente, evidenciaba un tratamiento desigual entre los productores extranjeros y los nacionales, en detrimento de éstos últimos, toda vez que los productos nacionales se encuentran gravados con una serie de gravámenes de los cuales los productos extranjeros están exentos.

Así, el problema fundamental en el presente caso se presenta en cuanto al tratamiento fiscal conferido al Estado Nueva Esparta al participar éste de un régimen de puerto libre, en contraposición a los regímenes impositivos imperantes en tierra firme. En este sentido, se observa respecto de las figuras de derecho aduanero relativas a las zonas francas y puerto libres, que las mismas obedecen a una determinada política del Estado para fomentar e impulsar ciertas ubicaciones territoriales privilegiadas o deprimidas en otros casos; así, tales zonas o secciones territoriales pueden ser establecidas bien para incentivar el desarrollo industrial, cultural, científico y comercial, entre otros, afectándose tales territorios a un régimen especial de exención de impuestos de importación y de supresión total o parcial de restricciones arancelarias.

Ahora bien, pese a los beneficios que entrañan dichas figuras, no son pocos los problemas que su adopción representa en la práctica, toda vez que ellas presuponen per se un tratamiento diferencial respecto del resto del territorio aduanero nacional, que va inclusive desde una desigualdad en cuanto a la población que reside en dichas áreas, en contraposición al resto de la población del país; pasando por el trato que reciben los bienes producidos en tierra firme y que se encuentran sujetos a un régimen impositivo diferente pero que van a ser destinados a dichas secciones territoriales; al trato entre productores nacionales y extranjeros, hasta los controles a los que se sujetan las mercancías de puerto libre al ser introducidas a tierra firme.

En este contexto, se advierte que uno de los supuestos más complejo en cuanto a la adopción de tales figuras se presenta, a juicio de esta Sala, en casos como el de autos, vale decir, respecto del trato que debe dársele a las mercancías que si bien son producidas en tierra firme van a ser destinadas a puerto libre; ello, en atención a lo indicado *supra*, a la falta de mención específica de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor al regular los supuestos de no sujeción o de no causación de dicho tributo respecto de tales ventas frente a la cadena determinativa de créditos y débitos fiscales que se genera en dicho impuesto.

Así, es conocido que el impuesto al consumo suntuario y a las ventas al mayor, actual impuesto al valor agregado, participa de una serie de elementos propios que lo convierten en un impuesto real, indirecto, de tipo valor añadido, plurifásico y no acumulativo, determinable mediante su percusión y traslación a través de un sistema de aplicación de débitos y créditos fiscales a lo largo de toda la cadena de producción y comercialización del bien o servicio gravado según el caso.

En efecto, a lo largo de la cadena de producción y comercialización del bien o servicio gravados se generan débitos fiscales (representados por las ventas efectuadas por el contribuyente) y créditos fiscales (impuesto soportado en las compras realizadas por el contribuyente), obtenidos en un determinado período impositivo y a los cuales tienen derecho los contribuyentes de dicho impuesto; tales créditos y débitos deben ser trasladados a los efectos de no encarecer con el importe tributario cada etapa del circuito económico del bien o servicio, resultando de esta forma que solamente el adquirente final sea el que soporte el tributo. Derivado de ello, entiende la Sala que en aquellos casos en que un determinado bien producido en tierra firme, gravado con el aludido impuesto al consumo, sea destinado a un área sometida a régimen aduanero especial de puerto libre o zona franca no sujetas al referido impuesto, al no poder seguirse trasladando el importe tributario, se producirá indefectiblemente una distorsión en el referido sistema de débitos y créditos de dicho impuesto.

En igual sentido, nos encontramos por una parte, frente un bien gravado en virtud de haberse materializado el hecho generador de la obligación tributaria y por otra, ante un supuesto de no sujeción donde no se verifica la hipótesis legal condicionante que da lugar al nacimiento de la obligación; siendo ello así, resulta que en principio, el contribuyente se vería imposibilitado de seguir trasladando la cuota tributaria por él soportada, debiendo en consecuencia, tolerar el impuesto en su totalidad; situación ésta que en la práctica se traduce en un encarecimiento del producto por la transferencia de los costos.

Ahora bien, la representación fiscal aduce que no obstante la especial destinación de los bienes vendidos en el presente caso, a saber, a un territorio no sujeto al gravamen al consumo y a las ventas, el hecho generador de la obligación tributaria se materializó en tierra firme, dando así nacimiento a la obligación de pago del referido impuesto; tal circunstancia, juzga la Sala, si bien resulta cierta a tenor de lo previsto en los artículos 10 y 11 de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, que indican:

*“Artículo 10: Se entenderán ocurridos o perfeccionados los hechos imponibles y nacida, la obligación tributaria:*

*1.- En las ventas de bienes muebles corporales, cuando se emita la factura o documento equivalente que deje constancia de la operación o se pague el precio o desde que se haga la entrega real de los bienes, según sea lo que ocurra primero.*

*2.- En las importaciones definitivas de bienes muebles, en el momento en que tenga lugar el registro de la correspondiente declaración de aduanas.*

*3.- En los casos de prestación de servicio de electricidad y telecomunicaciones, aseo urbano, de trasmisión de televisión por cable o cualquier otro medio tecnológico siempre que sea a título oneroso, desde el momento en que se emitan las facturas o documentos equivalentes por quien preste el servicio.*

*4.- En los casos de prestación de servicio (sic) distintos a los mencionados anteriormente, cuando se emitan las facturas o documentos equivalentes por quien presta el servicio, se ejecute la prestación, se pague o sea exigible la contraprestación o se entregue o ponga a disposición del adquirente el bien que hubiera sido objeto del servicio en contratos que no sean de tracto sucesivo, según sea lo que ocurra primero.*

*5.- En los casos de prestación consistentes en servicios provenientes del exterior, tales como servicios tecnológicos, instrucciones y cualesquiera otros susceptibles de ser patentados o tutelados por legislaciones especiales que no sean objeto de los procedimientos administrativos aduaneros, se considerará nacida la obligación tributaria desde el momento de su recepción por el beneficiario o receptor del servicios.*

*Artículo 11: Las ventas y retiros de bienes muebles corporales serán gravables cuando los bienes se encuentren situados en el país y, en los casos de importación, cuando haya nacido la obligación tributaria.”*

Sin embargo, también la Sala entiende que no puede ser interpretada aisladamente del contexto debatido, ello por una parte, en atención a las finalidades perseguidas por el Estado al establecer en el territorio aduanero nacional áreas o secciones de éste segregadas de los regímenes aduaneros e impositivos ordinarios y sometidas a tratamiento fiscal diferencial (zonas francas y puertos libres); y por otra, en atención al derecho constitucional a la igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la protección constitucional que debe brindar el Estado a la inversión nacional frente a la extranjera (artículo 301 del texto constitucional), en concordancia con el artículo 316 *eiusdem*.

En efecto, de conformidad con el Decreto n° 2.016 del 19 de diciembre de 1991, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 34.869 del 26 de diciembre de 1991, por medio del cual se dictó el Reglamento del Puerto Libre del Estado Nueva Esparta, se estableció un régimen aduanero especial en dicho territorio, a los fines de estimular el “*desarrollo integral y que*

favorezca el proceso socio-económico de la región neoespartana”, recurriéndose a tales efectos a un sistema de no causación de impuestos de importación respecto de las mercancías que ingresen en dicho territorio y a la desgravación de ciertos bienes nacionales, según lo previsto en el artículo 5 del citado Reglamento, que reza:

*“Artículo 5: Las mercancías introducidas al Puerto Libre no causarán el pago de impuestos de importación, pero estarán sujetas al pago de las tasas aduaneras por los servicios prestados.*

*Parágrafo Primero: Las mercancías que ingresen al Puerto Libre estarán liberadas de los impuestos internos nacionales, que les fueran aplicables conforme a las leyes respectivas, siempre que sean despachadas a consumo en el Puerto Libre.*

*Parágrafo Segundo: De conformidad con el artículo 4° de la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas del Tabaco, no se causará el impuesto de los cigarrillos, tabacos y picadura de producción nacional que ingresen a Puerto Libre.*

*Parágrafo Tercero: De conformidad con el artículo 19 de la Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas, el alcohol etílico y las especies alcohólicas de producción nacional que ingresen al Puerto Libre, no están gravados con los impuestos establecidos en dicha Ley.*

*Las especies alcohólicas extranjeras que ingresen al Puerto Libre, quedan exoneradas de los impuestos previstos en la Ley antes citada.” (Destacados de la Sala).*

De esta forma, juzga la Sala que aun cuando las mercancías cuestionadas son producidas en tierra firme, verificándose en principio el hecho generador de la obligación tributaria derivada del impuesto al consumo suntuario y a las ventas al mayor, el gravarse a éstas con el aludido tributo pese a ser destinadas al comercio en un territorio no sujeto al tributo en referencia, llevaría implícito un trato diferencial en detrimento de los productores nacionales, toda vez que tales mercancías nacionales estarían compitiendo en franca desventaja frente a los productos extranjeros iguales o semejantes que se comercialicen en el Estado Nueva Esparta; los cuales al no contener la cuota o el importe tributario agregado a su valor, resultarían más económicos para el consumidor final, quien lógicamente optaría por éstos en detrimento de los productos nacionales; ello aunado a que se estarían haciendo nugatorios los efectos del beneficio fiscal instaurado por el Estado en esa zona del territorio exceptuada del pago de impuestos nacionales.

Concatenado con lo anterior, no resultaría en principio ventajoso a los productores nacionales comercializar sus productos en puerto libre, al no poderlas trasladar el importe tributario por ellos soportado, incrementándose en consecuencia el valor de los bienes al serle trasladados a éstos los costos de producción; por tales motivos, juzga la Sala que la interpretación que debe dársele al supuesto de no sujeción regulado en el numeral 6 del artículo 14 de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, respecto de las ventas de bienes producidos en tierra firme destinados a puerto libre, es que tales ventas deben recibir un tratamiento similar al otorgado por la Ley de Impuesto de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor a las ventas de exportación de bienes muebles y a la prestación de servicios, regulada en su artículo 25, que dispone:

*“Artículo 25: La alícuota impositiva aplicable a la base imponible correspondiente será fijada anualmente en la Ley de Presupuesto y estará comprendida entre un límite mínimo de un cinco por ciento (5%) y un máximo de veinte por ciento (20%). Los bienes de consumo suntuario definidos en el Título VII de este Decreto serán gravados con una alícuota impositiva adicional de 10% y 20%, según corresponda.*

*Sin perjuicio de lo anteriormente establecido, se aplicará la alícuota impositiva del cero por ciento (0%) a las ventas de exportación de bienes muebles y de prestación de servicios, entendiéndose por éstas últimas aquellas donde los beneficiarios o receptores de los servicios no tiene domicilio o residencia en el país y siempre que dichos servicios sean exclusivamente utilizados en el extranjero.”*

Es decir, ser gravadas con una alícuota impositiva del 0%, entendiendo de esta forma, excluidos del pago del aludido tributo al consumo suentario y a las ventas al mayor a los hechos generadores materializados no sólo en el territorio del puerto libre, sino aquellos verificados en tierra firme pero que tengan como lugar de destino el Puerto Libre del Estado Nueva Esparta; no obstante, con la salvedad de que no se trata propiamente de un régimen de imposición en el destino que de lugar a la recuperación del impuesto repercutido, visto que a tenor de lo previsto en la señalada normativa en el Estado Nueva Esparta las ventas de bienes y servicios no se encuentran sujetas al referido gravamen indirecto. Así se decide.

Derivado de las motivaciones precedentemente expuestas, estima esta alzada que el pronunciamiento dictado por la juzgadora *a quo* sobre el referido particular, no se encuentra viciado por error en la interpretación de la Ley, tal como sostiene la representación fiscal; en consecuencia, resulta improcedente la apelación de dicha representación sobre este punto. Así se declara.

3. *Impuestos Municipales: Impuesto sobre Actividades Económicas*

TSJ-SPA (5568)

11-8-2005

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Rustiaco Caracas, C.A. vs. Superintendencia Municipal de Administración Tributaria del Municipio Baruta del Estado Miranda (SEMAT).

**Al ser considerada la contribuyente como una comisionista, la base imponible a ser tomada en cuenta para el cálculo del impuesto sobre patente de industria y comercio, está conformada por los ingresos obtenidos por el monto de las comisiones.**

La cuestión que resulta necesario dilucidar a los efectos de la presente causa, es la verdadera naturaleza o condición jurídica tributaria de la contribuyente, como “consignataria o concesionaria”, a los fines de establecer la base imponible que debe ser utilizada para la determinación del tributo municipal de Patente de Industria y Comercio.

En ese sentido, del contrato de consignación de vehículos, cursante a los folios 223 al 227 del expediente judicial, se evidencia lo siguiente:

“(…)

**SEGUNDA:** ‘CHRYSLER’, en su carácter de empresa ensambladora e importadora de vehículos Chrysler, Jeep y Dodge y, a su vez, en su carácter de propietaria de los vehículos que ensambla e importa, conviene en dar en consignación (no en propiedad) de tiempo en tiempo y a su sola discreción, cierto número de vehículos a ‘EL CONCESIONARIO’, el cual deberá actuar como buen padre de familia en la recepción custodia, mantenimiento y exhibición de dichos vehículos.

**TERCERA:** ‘EL CONCESIONARIO’ se obliga a poner sus mayores esfuerzos para conseguir compradores de los vehículos que ‘CHRYSLER’ le ha entregado en consignación. Con el envío de cada vehículo en consignación ‘CHRYSLER’ le notificará a ‘EL CONCESIONARIO’ el precio en bolívares que ‘EL CONCESIONARIO’ deberá cancelar a ‘CHRYSLER’ por el mismo, precio que ‘CHRYSLER’ podrá modificar, de tiempo en tiempo, con anterioridad a la fecha en que ‘EL CONCESIONARIO’ le notifique, vía facsímil, que ha negociado el vehículo con un consumidor final y le haya depositado a ‘CHRYSLER’, en efectivo o cheque de gerencia, por lo menos, el treinta por ciento (30%) del precio total de los mismos (...).

**CUARTA:** ‘CHRYSLER’ sólo transmitirá la propiedad del o los vehículos dados en consignación a ‘EL CONCESIONARIO’, una vez que ‘EL CONCESIONARIO’ haya depositado, en efectivo o cheque de gerencia, el precio total de los mismos (...). Al momen-

to en que **'CHRYSLER'** reciba en su cuenta el precio total del o los vehículos dados en consignación, emitirá la factura a nombre de **'EL CONCESIONARIO'**, emitirá el certificado de origen definitivo y asignará las placas correspondientes a cada vehículo'.

**QUINTA:** Queda expresamente entendido que **'EL CONCESIONARIO'** es la persona jurídica que realizará, en nombre propio, la venta de los vehículos dados en consignación a los consumidores finales y, en consecuencia, es la persona jurídica que prestará a los adquirentes de los vehículos, la garantía de buen funcionamiento de los mismos. **'EL CONCESIONARIO'** no podrá, bajo ninguna circunstancia y so pena de que **'CHRYSLER'** resuelva unilateralmente el presente Contrato y el Contrato de Concesionario, facturar a los consumidores finales los vehículos hasta que **'CHRYSLER'** de conformidad con la Cláusula anterior, no haya previamente transferido la propiedad de los mismos a **'EL CONCESIONARIO'**. A su vez, **'EL CONCESIONARIO'** no podrá, bajo ninguna circunstancia y so pena de que **'CHRYSLER'** resuelva unilateralmente el presente Contrato y el Contrato de Concesión, entregar a los consumidores finales facturas provisionales o cualquier otro documento donde se señale que **'CHRYSLER'** es el propietario del o los vehículos requeridos.  
(...)

La duración del presente contrato será de noventa (90) días continuos contados a partir de la fecha de la firma del presente Contrato, pudiendo ser renovado por la sola voluntad de **'CHRYSLER'**, manifestada por escrito a **'EL CONCESIONARIO'**, por períodos iguales de noventa (90) días continuos. Al culminar el presente Contrato o cualquiera de sus prórrogas. **'EL CONCESIONARIO'** se obliga a devolver a **'CHRYSLER'** todos aquellos vehículos dados en consignación que no se lograron vender en el mismo estado en que les fueron entregados.  
(...)

**NOVENA:** Es responsabilidad de **'EL CONCESIONARIO'** señalarles a cualquier autoridad judicial que intente alguna acción judicial en contra de sus bienes, que los vehículos entregados en consignación por **'CHRYSLER'** no le pertenecen y en caso de que cualquier acto se lleve a cabo en contra de todos o de algunos de los vehículos dados en consignación, deberá notificarlo inmediatamente a **'CHRYSLER'** a quien le indemnizará por todos los gastos, incluyendo honorarios de abogados, en que tenga que incurrir para recuperar los vehículos dados en consignación”.

A tal efecto, del contrato de consignación anteriormente citado, se evidencia su carácter adhesivo (contrato de adhesión), del cual se desprende notablemente la existencia de un encargo a la contribuyente Rustiaco Caracas, S.A., -distribución de vehículos marca Chrysler- caracterizada por la obligación que asume ésta última (la contribuyente) de buscar compradores de los vehículos que Chrysler de Venezuela L.L.C., le entrega, en un principio, mediante venta directa a la concesionaria o mediante consignación, con lo cual se observa la función de intermediación llevada a cabo por Rustiaco Caracas S.A., la cual debe cumplir conforme a las instrucciones previstas en las cláusulas de dicho contrato de adhesión.

Al respecto, debe señalarse que la actividad de intermediación cumplida por la contribuyente, no constituye más que una venta de cosa ajena (con autorización de su propietario), la cual como se señaló, puede poseer diversas manifestaciones de comercialización, para facilitar el tráfico comercial, entre las cuales se pueden señalar: la venta directa al concesionario o mediante una consignación, ésta última establecida en forma expresa en la cláusula segunda del contrato de consignación: “**'CHRYSLER'**, en su carácter de empresa ensambladora e importadora de vehículos marcas Chrysler, Jeep y Dogde y, a su vez, en su carácter de propietaria de los vehículos que ensambla e importa, conviene en dar en consignación (no en propiedad), (...)”, pues los vehículos con los cuales comercializa Rustiaco Caracas, S.A., en forma exclusiva pertenecen en propiedad a Chrysler de Venezuela L.L.C.

Ahora, uno de los hechos más relevantes de dicho contrato de consignación es la transferencia de propiedad de los vehículos marcas Chrysler a Rustiaco Caracas, S.A., la cual sólo se materializa con la ocurrencia de tres hechos claramente establecidos en dicho contra-

to, a saber: a) La ubicación de compradores; b) La obligación de notificar la negociación del vehículo con el consumidor final y, c) Que Rustiaco Caracas S.A., haya depositado en las cuentas de Chrysler de Venezuela L.L.C., la totalidad del precio establecido por este último, tal como lo dispone la Cláusula Tercera del supra transcrito contrato.

Visto lo anterior, esta Sala considera oportuno citar el contenido de los artículos 376, 379, 385, 386, 389 y 396 del Código de Comercio, cuyos textos disponen:

“Artículo 376.- Comisionista es el que ejerce actos de comercio en su propio nombre por cuenta de un comitente”.

“Artículo 379.- Si el negocio encomendado se hiciera bajo el nombre de comitente, los derechos y las obligaciones que produce, se determinan por las disposiciones del Código Civil sobre el contrato de mandato; pero el mandato mercantil no es gratuito por naturaleza”.

“Artículo 385.- El comisionista debe sujetarse estrictamente a las instrucciones de su comitente en el desempeño de la comisión; pero si creyere que cumpliéndolas a la letra debe resultar un daño grave a su comitente, podrá suspender la ejecución, dándole aviso en primera oportunidad.

En ningún caso podrá obrar contra las disposiciones expresas y claras de su comitente”.

“Artículo 386.- El comisionista debe comunicar oportunamente al comitente todas las noticias relativas a la negociación de que estuviere encargado que puedan inducirle a modificar o revocar sus instrucciones”.

“Artículo 389.- El mandatario mercantil tiene derecho a exigir una remuneración por el desempeño de su encargo. Si no hubiere convenio previo sobre su monto, se estará al uso de la plaza en que se hubiere ejecutado el mandato”.

“Artículo 395.- Las mercancías o efectos recibidos o comprados por el comisionista por cuenta del comitente, pertenecen a éste y los que expidieren viajan por cuenta y riesgo del comitente, salvo que hubiere convención en contrario”.

De todo lo antes expuesto, se evidencia el carácter de comisionista de la contribuyente, pues lo relevante en el presente asunto es que Rustiaco Caracas, S.A., realiza actos de comercio (ventas de vehículos fabricados o importados por Chrysler de Venezuela L.L.C., a consumidores finales), en su propio nombre, pero por cuenta de otro, para cumplir un encargo, que no es otro que la distribución de vehículos marca Chrysler mediante venta a terceros, a cambio de un porcentaje sobre el precio de venta fijado por este último (compañía automotriz), y para llevar a cabo tal fin, la concesionaria o consignataria puede o no comprar los vehículos en forma directa a Chrysler de Venezuela L.L.C., una vez que ya ha negociado con un comprador, pudiendo utilizar sus propios fondos económicos o incluso esperar una provisión de fondos del consumidor final, fondos estos que serán depositados posteriormente en la cuenta de Chrysler de Venezuela L.L.C., y este último transferirá la propiedad a Rustiaco Caracas S.A.

Esta forma de intermediación en criterio de esta Sala, posee fundamentalmente dos razones a saber: a) Es un mecanismo facilitador del tráfico comercial entre las automotrices y los consumidores finales, pues las concesionarias o consignatarias una vez hecha la negociación con estos últimos, podrían adelantar su capital sin esperar que el consumidor final provea los fondos económicos, y b) Transferir a la concesionaria o consignataria la responsabilidad por el buen funcionamiento y la garantía de servicios.

Es por ello, que denominar el contrato como concesión o como consignación es indiferente a los fines debatidos, pues en el fondo de dichos contratos siempre subyace una encomienda a cargo de Rustiaco Caracas, S.A., consistente en la venta o distribución en forma exclusiva de vehículos marca Chrysler, y como consecuencia de la aceptación de tal encargo, se le imponen ciertas limitaciones, condiciones u obligaciones, así como también un benefi-

cio económico producto del cumplimiento de tales obligaciones, que será un porcentaje o comisión del precio de venta del vehículo previamente fijado por la sociedad mercantil Chrysler de Venezuela L.L.C., ahora denominada DaimlerChrysler de Venezuela, L.L.C.

Esta posición, es a su vez reafirmada por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en sentencia n° 200 de fecha 19 de febrero de 2004, Caso *Caribe Motor C.A., Carabobo Cars C.A., y Náutica Automotriz C.A.*, en la cual se estableció lo siguiente:

*“(...) En el caso de las sociedades mercantiles dedicadas a la ventas de vehículos (automóviles) fabricados por otras compañías, como las que actúan en el presente procedimiento de nulidad por inconstitucionalidad, las mismas se desempeñan como concesionarias de las empresas que han construido dichos vehículos, es decir que aquellas, según el marco contractual que rige este tipo de relaciones comerciales, no adquieren los vehículos a ser ofrecidos en venta para efectuar su comercialización en momento posterior, sino que realizan la venta de dichos bienes por cuenta de sus fabricantes, siendo a éstas compañías a quienes, en principio, pertenece la totalidad del monto o precio exigido y recibido por la venta de cada vehículo, salvo el monto que corresponda a la comisión o el porcentaje sobre dicho precio que, según el contrato de concesión o comercialización celebrado, es la ganancia o ingreso por la operación comercial efectuada de las concesionarias que se encargan de la oferta de los automóviles, cuyos montos son variables, según los informes presentados por las empresas constructoras y cursan en el expediente.*

(...)

*En el mismo sentido, para que el impuesto que grava la actividad económica realizada por concesionarias como Caribe Motor C.A., Carabobo Cars C.A. y Náutica Automotriz C.A. se ajuste a la capacidad económica de las mismas y no haga nugatorio el ejercicio del derecho a la propiedad de las mismas sobre las ganancias o ingresos obtenidos, mediante la vía de comisión, por la venta de bienes (vehículos) propiedad de otras sociedades mercantiles, es menester que la legislación municipal establezca como base imponible el porcentaje total que se ha fijado contractualmente como ingreso de la concesionaria por la venta de cada vehículo, más no el precio total del bien vendido, pues, en realidad, es sólo dicha comisión y no el precio o valor total del vehículo vendido, la que Caribe Motor C.A., Carabobo Cars C.A., Náutica Automotriz C.A. y cualquier otra sociedad dedicada a la actividad comercial de éstas percibe (sic) cuando celebra la venta de los vehículos que ofrece en nombre y por cuenta de otras compañías que, al ser sus verdaderas propietarias, son las que reciben como ingreso la mayor parte del precio o valor por el que se negocie cada vehículo.*

*A partir de las premisas precedentes, la Sala juzga que la base imponible del impuesto a las actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar (cuya naturaleza y evolución ha sido examinada por esta Sala en fallo n° 3241/2002, del 12-12) establecido por el órgano legislativo del Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo en la parcialmente impugnada Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio y/o Servicios de Índole Similar la constituye, de acuerdo al citado artículo 7, los ingresos brutos originados en el ejercicio de las actividades industriales, comerciales o económicas y de servicios de índole similar, que se ejerzan o que se consideren en jurisdicción del Municipio Puerto Cabello, sin que sea posible deducir ninguno de los ramos que constituyan dicho ingreso, ni las erogaciones hechas para obtenerlos, ni ninguna otra deducción que no esté expresamente prevista en dicha Ordenanza u otro instrumento jurídico sancionado conforme a la misma, lo cual quiere decir que el límite a la exacción de dicha figura tributaria por el Municipio Puerto Cabello, cuyo fundamento constitucional se halla en el artículo 179, numeral 2, de la Carta Magna, lo constituyen los ingresos brutos (sin deducibles) que efectivamente obtengan, en este caso, Caribe Motor C.A., Carabobo Cars C.A. y Náutica Automotriz C.A., por la venta de automóviles, en su condición de concesionarias de las compañías que se dedican a la fabricación de aquellos.*

*Ello quiere decir, que sólo puede tomarse en cuenta para la determinación del monto de la obligación tributaria, el ingreso derivado del porcentaje o comisión que contractualmente se haya fijado, sobre el precio del bien, entre la concesionaria y el fabricante, por la venta*

*de cada vehículo, ya que la cantidad restante percibida, no puede estimarse como ingreso de la concesionario, sino de la sociedad fabricante del bien comercializado, la cual, independientemente de su domicilio, quedaría obligada a cancelar el tributo por el solo hecho de haberse producido el acto de comercio en jurisdicción del Municipio Puerto Cabello, ya que es el lugar donde se produce la interposición en cambio, y no la ubicación territorial o domicilio del sujeto que se beneficia de la actividad comercial, el elemento espacial que integra a su vez el hecho imponible en esta modalidad de impuesto municipal; en tal sentido, mal puede considerarse que la Ordenanza parcialmente impugnada permita a la Administración Tributaria del Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo calcular el monto a ser cancelado por concepto de impuesto a las actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar sobre la base del precio total que se indique en la factura que registra la venta de los vehículos (sin tomar en cuenta que el ingreso percibido en realidad es sólo un porcentaje de dicho precio), para así exigirle a sociedades como las recurrentes el pago de dicho tributo sobre la base de un ingreso que en realidad no han percibido, pues corresponde a la compañía fabricante del bien vendido”.*

En consecuencia, al ser considerada la contribuyente como una comisionista, la base imponible a ser tomada en cuenta para el cálculo del impuesto sobre patente de industria y comercio, está conformada por los ingresos obtenidos por el monto de las comisiones, tal como lo establece el artículo 4, literal f) de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio Baruta del Estado Miranda vigente, conforme al cual:

“Artículo 4: La base de cálculo para la determinación del monto de la Patente para el respectivo ejercicio fiscal, se hará con fundamento en los siguientes elementos:

(...)

**f) Para los agentes de aduanas y comisionistas, los ingresos por el monto de las comisiones y honorarios percibidos, el cual se estimará a los efectos de esta Ordenanza en un porcentaje equivalente al dos por ciento (2%) sobre el valor declarado en las facturas de importación o exportación, que gestionen o comercialicen dichos agentes o comisionistas, más el producto de la explotación de sus bienes y servicios”.** (Destacado de la Sala).

En atención a las consideraciones antes expuestas, se impone a esta Sala declarar que la contribuyente Rustiaco Caracas S.A., es una comisionista y a los efectos del impuesto sobre patente de industria y comercio, la base imponible a ser tomada en cuenta está conformada por el monto de las comisiones percibidas por ésta, derivado de la venta de los vehículos marca Chrysler; en consecuencia, se debe desechar la errónea calificación de la contribuyente, así como de la base imponible a serle aplicada, mediante la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo n° 00003 de fecha 4 de enero de 2000, emanada del Servicio Autónomo Municipal de Administración Tributaria del Municipio Baruta del Estado Miranda, (SEMAT). Así se declara.

## VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

### 1. El Procedimiento Administrativo: Potestad de Autotutela

TSJ-SPA (5663)

21-9-2005

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Nestor L. Torres H. vs. Ministerio de la Defensa.

**La potestad de autotutela de la Administración se ve en principio limitada por el surgimiento o creación por parte de la Administración de derechos subjetivos en cabeza de los particulares, los cuales siempre deben ser respetados; pero cuando el acto administrativo declarado nulo está viciado de nulidad absoluta, el mismo**

**es incapaz de crear derechos subjetivos a favor de persona alguna, toda vez que se entiende que el mismo nunca existió, lo cual justifica entonces que la potestad de revocatoria de oficio de la Administración no se vea limitada en estos casos. La Sala Político Administrativa reitera jurisprudencia.**

La Resolución atacada en el presente asunto, constituye un acto administrativo de efectos particulares dictado en ejecución de una de las facetas que comprenden la llamada potestad de autotutela administrativa, como lo es la consagrada en los artículos 81 al 84 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual ha sido definida tanto por la doctrina como por reiterada jurisprudencia de esta Alto Tribunal como la “...potestad o poder de la Administración de revisar y controlar, sin intervención de los órganos jurisdiccionales, los actos dictados por el propio órgano administrativo, o dictados por sus inferiores. Tal potestad de autotutela se ve materializada en nuestro ordenamiento, a través del ejercicio de diversas facultades, como lo son la posible convalidación de los actos viciados de nulidad relativa a través de la subsanación de éstos; la revocatoria del acto, por razones oportunidad e ilegalidad, siempre que no se originen derechos adquiridos, o bien a través del reconocimiento de nulidad absoluta, y por último, mediante la corrección de errores materiales”. (Vid. Entre otras, Sentencia de la SPA n° 718, de fecha 22 de diciembre de 1998, Caso *Vicenzo Sabatino Asfaldo*).

En el presente caso, la Resolución impugnada ejecuta en su contenido la penúltima de las alternativas señaladas *supra*, es decir, a través de un procedimiento de revisión de oficio, se limitó a reconocer la nulidad absoluta de otra Resolución dictada por la misma autoridad; en tal sentido, sobre este punto específico esta Sala ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades señalando:

*“...esta Sala ha sostenido reiteradamente que la Administración, en virtud del principio de la autotutela, puede en cualquier momento revisar sus actos siempre que éstos no crearen a favor de los particulares, incluso, si el acto adolece de un vicio de nulidad absoluta, aun cuando hubiere creado derechos, puede ser revisado y revocado por la Administración en cualquier tiempo...”*. (Vid. Sentencia de la SPA n° 845 del 02 de diciembre de 1998, Caso *Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta*).

En otras palabras, debemos entender que la potestad de autotutela de la Administración se ve en principio limitada por el surgimiento o creación por parte de la Administración de derechos subjetivos en cabeza de los particulares, los cuales siempre deben ser respetados, pero cuando el supuesto acto administrativo declarado nulo, está viciado de nulidad absoluta, el mismo es incapaz de crear derechos subjetivos a favor de persona alguna, toda vez que se entiende que el mismo nunca existió, lo cual justifica entonces que la potestad de revocatoria de oficio de la Administración no se vea limitada en estos casos. Así lo señaló esta misma Sala en Sentencia n° 1.033 de fecha 11 de mayo de 2000, Caso *Aldo Ferro García*, en los siguientes términos:

*“...los actos administrativos declarativos de derechos a favor de los particulares, una vez que adquieren firmeza, por haberse vencido los lapsos para su impugnación, se tornan irrevocables, aun en los casos de que adolezcan de algún vicio que los haga anulables. No así, si están viciados de nulidad absoluta.”*

*(...Omissis...)*

*“Por otro lado, la potestad declaratoria de nulidad que está prevista en el artículo 83 ejusdem, cuando autoriza a la Administración para que, en cualquier momento, de oficio o a instancia del particular, reconozca la nulidad absoluta de los actos por ella dictados. De allí que la Ley consagre la irrevocabilidad de los actos creadores de derechos a favor de los particulares, pero un acto viciado de nulidad absoluta -en sede administrativa- no es susceptible de crear derechos.”*

(... Omissis...)

*“No obstante lo anterior, si bien el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra la posibilidad de revisar en cualquier momento de oficio o incluso a solicitud de particulares, actos administrativos, esa facultad debe ejercerse siempre y cuando se detecte alguno de los vicios de nulidad absoluta señalados taxativamente en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.”*

(... Omissis...)

*“...puede y debe la Administración declarar la nulidad de oficio, en cualquier momento, aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta...”*

Debe entonces analizarse el acto administrativo impugnado, a la luz de los criterios arriba señalados y, en tal sentido se observa:

La Resolución n° 14.919, se fundamenta para reconocer la nulidad de la Resolución n° 14.832, en los ordinales 1° y 3° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es decir, consideró que la resolución era nula, por así disponerlo una norma legal y por ser su contenido de ilegal ejecución; todo lo cual se deriva del hecho de que la Resolución n° 14.832, extendió el lapso máximo de permanencia en servicio activo de los integrantes de la Promoción “General de División Lino de Clemente”, para lo que el ciudadano Ministro de la Defensa (autor del acto), no estaba facultado, de conformidad con lo dispuesto en el único aparte del artículo 432 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales y el artículo 3 de la Ley sobre Tiempo de Servicio de Oficiales de las Fuerzas Armadas Nacionales.

En virtud de ello, y de conformidad con los criterios jurisprudenciales arriba señalados, concluye entonces esta Sala que la Resolución impugnada, dictada en ejecución de la potestad de autotutela de la Administración, consagrada en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al reconocer la existencia de un vicio de nulidad absoluta en un acto administrativo y, en consecuencia, declarar su nulidad, no incurre en vicio alguno que implique igualmente su nulidad; con lo cual, debe entenderse entonces que ha quedado incólume su contenido y, en consecuencia, lo establecido en la Resolución n° E/2628, de fecha 30 de diciembre de 1996, mediante la cual se pasó a retiro a los miembros de la Promoción “General de División Lino de Clemente”, a partir del 01 de enero de 1997. Así se declara.

## 2. Potestad Sancionatoria

### A. Principio de legalidad

TSJ-SC (1798)

19-7-2005

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**En el Derecho Administrativo Sancionatorio el principio de tipicidad no tiene la misma rigidez que en el ámbito penal, cuando se permite que el propio legislador, en una norma en la que la conducta prohibida no se recoge íntegramente, delegue a otras normas la regulación de algunos elementos que completen la descripción del ilícito administrativo; no obstante, su aplicación con ciertas matizaciones, debe siempre respetar el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.**

Luego de analizar el contenido del artículo 106 de la Ordenanza parcialmente impugnada, esta Sala observa que la garantía de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas exige la existencia previa de una norma legal que, por una parte, tipifique como infracción la conducta que se pretende castigar (principio *nullum crimen sine lege*), y de otro lado, establezca la sanción aplicable a quienes incurran en dicha conducta (principio *nulla poena sine lege*); sin embargo, dicho principio sólo se entiende cumplido, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala Constitucional, cuando los preceptos jurídicos sancionatorios preexistentes (*lex previa*) permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (*vid.* sentencia del 29 de abril de 2003, caso *Margarita Farías Rodríguez*).

A este requisito de certeza responde el principio de tipicidad -inherente al principio de legalidad de las infracciones-, el cual obliga a que la conducta concreta sancionable sea determinada previamente, en forma clara, por la norma creadora de las infracciones y sanciones administrativas, mediante una descripción específica y precisa de la conducta y del contenido material de la sanción, así como de la correlación entre unas y otras (*cf.* Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 2001, p. 385).

Ahora bien, en el Derecho Administrativo Sancionatorio, ciertamente, el principio de tipicidad no tiene la misma rigidez que en el ámbito penal, cuando se permite que el propio legislador, en una norma en la que la conducta prohibida no se recoge íntegramente, delegue a otras normas la regulación de algunos elementos que completen la descripción del ilícito administrativo; no obstante, su aplicación con ciertas matizaciones, debe siempre respetar el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, uno de cuyos atributos es precisamente, conforme al artículo 49, cardinal 6 de la Constitución de 1999, la garantía de tipificación legal de las infracciones y sanciones.

La matización que se acepta respecto a la aplicación de tal principio, permite, solamente, que las descripciones genéricas de las conductas sancionables a las que acuda el legislador para dejar a la Administración la determinación de ciertos aspectos de las mismas, exige, evidentemente, que se establezca en la ley cuál es esa conducta, es decir, que se tipifique, delimitando claramente el ámbito normativo conferido a la Administración, con el propósito de que las normas que esta dicte mantengan su regulación dentro de los parámetros o límites impuestos, vale decir, el reenvío será admisible siempre que sea expreso, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma, que la norma señale la sanción y contenga el núcleo esencial de la prohibición y que, además, proporcione la necesaria certeza para precisar suficientemente la conducta prohibida.

Establecido lo anterior, advierte la Sala que, en el caso de autos, el artículo 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao constituye una norma legal vacía de todo contenido material, dado que al no definir, ni siquiera de manera genérica, el ilícito administrativo, carece de una pauta que proporcione a la autoridad administrativa actuante y a los particulares destinatarios de su fuerza punitiva, una información suficiente para saber cuál es el comportamiento que se pretende sancionar “con el cierre del establecimiento por un lapso entre una (1) y cinco (5) semanas” (núcleo del hecho sancionable). De allí que, según se desprende de la vaga remisión efectuada por la referida norma a “leyes nacionales, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos o resoluciones municipales”, será la autoridad administrativa encargada de aplicarla, la que defina, para cada caso concreto, cuáles son las conductas que ella considera configuran las limitaciones y prohibiciones previstas en los actos y normativas legales y sublegales señaladas, cuya transgresión puede configurar “un daño a la higiene pública, convivencia ciudadana y seguridad de la población, o bien represente un obstáculo para la ejecución de obras públicas nacionales, estadales o municipales”; y, en consecuencia, será la autoridad administrativa sancionadora la que en cada caso tipificará el hecho sancionable.

Por consiguiente, se observa que un administrado al que en virtud del ejercicio de las actividades económicas reguladas por la Ordenanza parcialmente impugnada, se le atribuya haber infringido “leyes nacionales, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos o resoluciones municipales”, se le coloca ante un proceso en el cual no sabe cuáles son -objetivamente- las limitaciones y prohibiciones cuya transgresión puede resultar en un daño a los bienes jurídicos protegidos que refiere el citado artículo 106, y ni siquiera se le señala a qué normas se alude en forma concreta, pues la modalidad de remisión adoptada por el legislador municipal en la mencionada norma excede los métodos de técnica legislativa conocidos, conforme a los cuales se opta por recoger en la norma sancionatoria tanto el supuesto de hecho como la sanción, o bien, para no repetir los supuestos de hecho ya preceptuados en normas específicas del mismo texto legal u otro distinto, se hacen remisiones a tales normas e, inclusive a Títulos, Capítulos o a la totalidad de la Ley.

Ciertamente, la remisión contenida en el artículo 106 cuestionado, no se hace mencionando algún artículo, sección o capítulo de un cuerpo normativo concreto en el que están contenidos los supuestos de hecho sancionables, sino utilizando una fórmula de regulación imprecisa y totalmente en blanco, que otorga una potestad sancionatoria tan amplia que el administrado podría quedar sometido a la sanción de cierre temporal de establecimiento dispuesta en dicho artículo por cualquier conducta que, incluso arbitrariamente, se juzgue como una transgresión a “las leyes nacionales, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos o resoluciones municipales, de manera que resulte en daño a la higiene pública, convivencia ciudadana y seguridad de la población, o bien represente un obstáculo para la ejecución de obras públicas nacionales, estatales o municipales”, lo que sin duda permite una apertura indefinida de los supuestos ilícitos administrativos.

Recuérdese que, no obstante la flexibilidad del principio de tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador, son inaceptables las cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio, y no con el prudente y razonable que autorizaría una especificación normativa. Con ello, estima evidente la Sala que la disposición legal cuya nulidad se solicita, constituye una norma en blanco que, cuando faculta en forma total y completa a la Administración municipal para crear el supuesto de hecho constitutivo del acto ilícito, quebranta el núcleo esencial de la garantía fundamental de la tipicidad de las infracciones y sanciones administrativas que preceptúa el ya referido artículo 49, cardinal 6 constitucional, situación ésta que ha sido objeto de general rechazo por parte de la jurisprudencia y, en particular, por esta Sala Constitucional en decisión n° 1.269 del 11 de junio de 2002, cuando se anuló el artículo 52 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, por lo que esta Sala debe, en esta oportunidad, declarar por similares motivos la nulidad del artículo 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao. Así se declara.

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala estima la pretensión de nulidad que, por razones de inconstitucionalidad, se planteó en este proceso y, en consecuencia, declara la nulidad de los artículos 9, 17, 20, 84 cardinal 4, 91 y 106 de la Ordenanza número 004-02 de Reforma Parcial de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda, publicada en la *Gaceta Municipal de Chacao* n° 4785 Extraordinario, del 31 de octubre de 2003, Así se decide.

*B. Principio del non bis in idem*

**TSJ-SC (1798)**

**19-7-2005**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**El principio de *non bis in idem* se excluye en la apreciación del agravante por reincidencia. La imposición de una pena o sanción aumentada -cualitativa y cuantitativamente- para sancionar el nuevo ilícito penal o administrativo cometido por una persona después de haber sido condenada o sancionada por un ilícito anterior, en virtud de su mayor peligrosidad, no vulnera la prohibición de doble sanción, puesto que nada le impide al legislador tomar en cuenta la condena o sanción anterior.**

Para evitar que un mismo hecho se sancione penal o administrativamente más de una vez, el artículo 49, cardinal 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece uno de los principios generales del Derecho, tradicionalmente denominado *non bis in idem*, que se manifiesta en la imposibilidad de que el Estado juzgue y sancione dos veces a una persona por un mismo hecho.

Este principio constituye uno de los elementos o corolarios del principio general de legalidad que domina el Derecho Administrativo Sancionador en todas sus formas, que sirve de límite al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, pues impide que el administrado sea sancionado dos o más veces por una misma conducta. Al respecto, el español Antonio Domínguez Vila, en su obra *Los Principios Constitucionales*, haciendo un análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 14 de febrero de 1986 señaló que “...el ámbito del *non bis in idem* comienza y termina en que autoridades del mismo orden, a través de procedimientos distintos, sancionen repetidamente una conducta. El *non bis in idem* sólo es admisible cuando se pretende sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos mismos hechos”.

Sin embargo, resulta importante destacar que el *non bis in idem* se excluye en la apreciación del agravante por reincidencia. La imposición de una pena o sanción aumentada -cualitativa y cuantitativamente- para sancionar el nuevo ilícito penal o administrativo cometido por una persona después de haber sido condenada o sancionada por un ilícito anterior, en virtud de su mayor peligrosidad, no vulnera la prohibición de doble sanción, puesto que nada le impide al legislador tomar en cuenta la condena o sanción anterior, con la finalidad de ajustar con mayor precisión el tratamiento que se considere más adecuado para aquellos supuestos en que un individuo incurriese en un nuevo ilícito, lo que pone en evidencia la indiferencia que manifiesta por la sanción quien, a pesar de haberla sufrido antes, recae en su conducta infractora o delictual.

Ahora bien, en correspondencia con lo anteriormente expuesto, de los argumentos esgrimidos por las partes para fundamentar la supuesta inconstitucionalidad del artículo 91 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao, parece inferirse que en dicha norma no se establece un supuesto de reincidencia en el cual se incrementa la sanción en la nueva oportunidad en que se incurre en algún ilícito tipificado en la referida Ordenanza, sino que se regulan nuevas sanciones administrativas (cierre temporal del establecimiento y cancelación definitiva de la Licencia de Actividades Económicas y de la Licencia de extensión de Horario), que se imponen, sin perjuicio de la sanción correspondiente al nuevo ilícito cometido, a quienes después de una o de varias sentencias o resoluciones sancionatorias firmes por la comisión de alguno de los ilícitos tipificados en la Ordenanza, y antes de los cinco (5) años de haberse cumplido o de haber prescrito la sanción impuesta, cometieren otro ilícito de los allí preceptuados.

En efecto, observa esta Sala que la norma impugnada se ubica en el Título VII “De los Ilícitos y sus Sanciones”, específicamente en el Capítulo I “Parte General”, de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao. Este Capítulo I se inicia con el artículo 88 que dispone cuáles son las sanciones aplicables por la violación de lo establecido

en la referida Ordenanza (multa, cierre temporal del establecimiento, cancelación de la Licencia de Extensión de Horario, cancelación de la Licencia de Actividades Económicas y cierre definitivo del establecimiento), cuya aplicación no dispensa el pago de los impuestos sobre actividades económicas adeudados y sus accesorios. Por su parte, el artículo 89 determina los criterios a los cuales ha de atenderse para fijar la cuantía de la sanción a aplicar cuando ésta se encuentre entre dos límites, que se aumentará o disminuirá en función de las circunstancias agravantes o atenuantes que existieren de acuerdo con el Código Penal, y de inmediato, el artículo 90, establece cuáles son estas circunstancias a los efectos de la referida Ordenanza, ubicando a la reincidencia dentro de las agravantes.

El artículo 91, objeto de impugnación, cierra el Capítulo I con una disposición que preceptúa dos supuestos que participen de algunas características de la reincidencia, siguiendo la doctrina especializada en el Derecho Penal, cuando en la misma se exige: (i) la existencia de sentencia(s) o resolución(es) sancionatoria(s) firme(s) por la comisión de alguno de los ilícitos tipificados en la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao, (ii) que el administrado haya cometido un nuevo ilícito que también sea de los tipificados en la referida Ordenanza, y (iii) que antes de haber cumplido o de haber prescrito la sanción no hayan transcurrido cinco (5) años; sin embargo, observa la Sala que no se dispone expresamente el aumento de la sanción que, en cada caso, habrá de imponerse al administrado por la nueva infracción, sino tan sólo que se le sancionará, primero, con una medida de cierre temporal del establecimiento o de cancelación definitiva de la Licencia de Actividades Económicas y de la Licencia de Extensión de Horario y, segundo, con la sanción correspondiente al ilícito cometido que, de acuerdo con lo pautado por el citado artículo 88 *eiusdem*, puede ser desde una multa hasta el cierre definitivo del establecimiento tal como se evidencia de las disposiciones contenidas en el Capítulo II “Parte Especial”, del Título VII “De los Ilícitos y sus Sanciones” de la Ordenanza parcialmente impugnada.

A juicio de esta Sala, los supuestos establecidos en el precepto objeto del presente recurso de nulidad resultan inconstitucionales en relación con la vigencia del principio *non bis in idem*, en la medida que preceptúan la imposición de una doble sanción, puesto que a la aplicación de la sanción que corresponde por el nuevo ilícito cometido, que posiblemente -en virtud de lo dispuesto en los mencionados artículos 89 y 90 de la Ordenanza parcialmente impugnada- podrá ser aumentada por la apreciación del agravante por reincidencia, adicionan la imposición de una sanción diferente por la misma conducta: cierre temporal del establecimiento o cancelación definitiva de la Licencia de Actividades Económicas y de la Licencia de Extensión de Horario, lo cual resulta, por demás, excesivo o desproporcionado, siendo que tales sanciones operan desde perspectivas similares en virtud del incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas en la Ordenanza cuestionada y en función de los mismos intereses públicos tutelados, quebrantándose flagrantemente la prohibición de doble sanción alegada. Así se declara.

### 3. *Contratos Administrativos*

**TSJ-SPA (4911)**

**13-7-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Juan Serva Cammarano vs. Cámara Municipal del Municipio San Felipe del Estado Yaracuy.

1. Ahora bien, precisa la Sala en primer lugar, delimitar el alcance de la comentada facultad de revocatoria unilateral de los contratos administrativos, otorgada como prerrogativa o cláusula exorbitante a los entes administrativos contratantes; en tal sentido se advierte, que por decisión signada bajo el n° 60, de fecha 06 febrero de 2001 (caso *Corporación Digi-tel, C.A.*), esta Sala dejó sentado lo siguiente:

*“(…) Señala la recurrente que si bien la rescisión unilateral de los contratos administrativos es una prerrogativa de la Administración, en el presente caso, la decisión adoptada en la Resolución n° 099 constituye una sanción impuesta a CORPORACIÓN DIGITEL C.A. por el presunto incumplimiento de la Cláusula Décima Octava del Convenio de Cooperación. Es por ello que, estima, debió garantizársele el ejercicio de su derecho a la defensa y el derecho al debido proceso. No obstante lo anterior, la Administración municipal, contraviniendo los principios que informan los procedimientos sancionatorios, omitió notificar a la demandante de la apertura de un procedimiento administrativo, impidiéndose así demostrar que su conducta se había adecuado a lo dispuesto en los artículos 84 y 85 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, por lo que no habría vulnerado ninguna de las cláusulas contractuales.*

*Por su parte, el abogado Germán Moser Cedeño, ya identificado, en su escrito de informes señaló que “en este caso, el Municipio no ejerció su potestad sancionatoria... sino su potestad de policía cuyo propósito es el de preservar el orden público que es propio de la materia urbanística”.*

*.....Sobre este punto, reitera la Sala que la Administración tiene la facultad de resolver unilateralmente los contratos administrativos en los que sea parte, por distintas razones: de legalidad, cuando no se han satisfecho los requisitos exigidos para su validez o eficacia; de interés general o colectivo; y a título de sanción, en caso de falta grave o incumplimiento del co-contratante. Ciertamente, en este último supuesto, no puede la Administración prescindir, en principio, de un procedimiento contradictorio, en el cual se asegure al particular sus elementales garantías de intervención y defensa. En consecuencia, frente a la potestad de rescisión unilateral del contrato, se erige la garantía del derecho a la defensa del interesado que será afectado por la decisión que haya de adoptarse.*

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### 1. El Contencioso Administrativo de Anulación

#### A. Legitimación activa

**TSJ-SPA (5663)**

**21-9-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Nestor L. Torres H. vs. Ministerio de la Defensa

**De conformidad con lo dispuesto tanto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando se pretende impugnar un acto administrativo de efectos particulares, el recurrente debe ostentar como mínimo un interés legítimo, es decir, estar en una situación de hecho frente a la actuación administrativa que los afecte en sus derechos o intereses.**

2.- Una vez establecido lo anterior, observa igualmente esta Sala que paralelamente a la Resolución analizada en párrafos anteriores, fueron impugnados también los actos administrativos contenidos en las Comunicaciones n° 769, 763, 765, 766, 785, 768, 787, 776, 775, 767 y 722, todas de fecha 6 de febrero de 1998, emanadas del Ministro de la Defensa, por las cuales se les negó a algunos de los recurrentes, la solicitud de pago de diferencia por concepto de asignación de antigüedad, las cuales se pasan a analizar seguidamente:

En primer lugar, observa la Sala que los recurrentes NESTOR LUIS TORRES HERRERA (Exp. n° 16.103), JOSÉ ENRIQUE PACHECO MORENO (Exp. n° 16.100), KLEEDER ENRIQUE GARCÍA HERNÁNDEZ (Exp. n° 16.143), VALENTÍN PORRAS BERNAL (Exp. N° 16.099), MANUEL VICENTE QUIJADA SALAZAR (Exp. n° 16.102), HÉCTOR ANTONIO VARGAS (Exp. n° 16.142), GUSTAVO ELI CARPIO LECUNA

(Exp. n° 16.083), JESÚS RAFAEL MARTÍNEZ MAGO (Exp. n° 16.096), NELSON ANTONIO URDANETA (Exp. n° 16.104), EDUARDO CÉSAR MEJÍAS YTRIAGO (Exp. n° 16.098), JOSÉ RAFAEL DÍAZ NÚÑEZ (Exp. n° 16.141) y GONZALO ANÍBAL OVALLES (Exp. n° 16.116), en sus respectivos escritos recursorios señalan que no elevaron en su oportunidad solicitud alguna en sede administrativa, a los fines de que se les cancelara la diferencia derivada del aumento salarial decretado por el Presidente de la República y, por lo tanto, no les fue dictado acto administrativo ni negando ni otorgando la mencionada diferencia; motivo por el cual al acudir a esta Sala, impugnan el acto administrativo contenido en la Comunicación n° 769, dictada por el Ministro de la Defensa en fecha 06 de febrero de 1998, dirigida al también recurrente José Julián Sifontes Boet (Exp. n° 15.984). En tal sentido, resulta necesario para esta Sala realizar las siguientes precisiones:

La derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia exigía distintos grados de legitimación para los recursos de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares y para los recursos de nulidad contra actos de efectos generales, en sus artículos 121 y 112 respectivamente, y sobre este punto se ha pronunciado ya esta Sala en reiteradas oportunidades, siendo una de las últimas, la sentencia n° 1.084 del 11 de mayo de 2000, Caso *Colegio de Nutricionistas*, en la cual se reiteró:

*“En criterio de esta Sala, cuando el objeto del recurso de nulidad se refiere a un acto administrativo de efectos particulares la legitimación activa exigida es, de acuerdo a los términos de los artículos 121 y 124, ordinal 1°, la de un interés legítimo, personal y directo, esto es, que el interés en la legalidad de la actividad administrativa está calificado por el legislador, por ello se requiere que le recurrente, por ejemplo, sea el destinatario del acto, o cualquier otro sujeto que, sin ser titular de derechos subjetivos administrativos, se encuentre en una especial situación de hecho frente a la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, le hace más sensible que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley. Estos últimos han sido llamados por la doctrina interesados legítimos.*

*Distinto a lo antes dicho resulta la noción de simple interés, es decir, el interés no calificado por el legislador y que se refiere a la facultad que tiene cualquier ciudadano de impugnar la actuación administrativa, siempre que éste le afecte en su esfera jurídica. Este interés simple, pero particularizado, condicionado a que afecte derechos o intereses de quien recurre, es el que se exige para solicitar la nulidad de actos de la Administración de efectos generales.”*

Ahora bien, la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dejó incólume dicha exigencia de legitimación en el aparte 8 del artículo 21, el cual es del tenor siguiente:

*“8. Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, o que tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar un acto administrativo de efectos particulares, puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad. El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes las leyes les atribuyen tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando afecte un interés general.”*

En conclusión se tiene entonces que, de conformidad con lo dispuesto tanto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando se pretende impugnar un acto administrativo de efectos particulares, como ocurre en el presente caso, en que los ciudadanos antes identificados solicitan la nulidad de la Comunicación n° 769 de fecha 06 de febrero de 1998, mediante la cual se le negó el pago de diferencia por concepto de asignación de antigüedad al ciudadano José Julián Sifontes Boet, el recurrente debe ostentar como mínimo un interés legítimo, es decir, estar en una situación de hecho tal frente a la actuación administrativa que los afecte en sus derechos.

B. *Admisibilidad: Lapso de caducidad. Inaplicabilidad del término de distancia previsto en la Legislación Procesal a los lapsos de los recursos administrativos*

**TSJ-SE (99)**

**28-7-2005**

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Pedro Pompeyo Camejo Ramírez vs. Actuaciones de los Órganos del Poder Electoral, de las Actas de Totalización y Proclamación del Alcalde y de las Elecciones emanadas de la Junta Electoral Municipal del Municipio Las Mercedes del Llano del Estado Guárico.

**El lapso para la interposición de los Recursos Contenciosos Electorales contra las decisiones del Consejo Nacional Electoral sobre recursos jerárquicos es de quince (15) días hábiles, y no le es aplicable a dicho lapso el término de distancia para el caso de que el recurrente se encuentre domiciliado fuera de la ciudad de Caracas.**

Sostiene el recurrente, que esta decisión del Juzgado de Sustanciación de esta Sala Electoral supuestamente viola su derecho a la defensa y al debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su decir, al lapso de quince (15) días consagrado en el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política debe añadirsele el término de distancia en razón de que él se encuentra domiciliado fuera de la ciudad de Caracas, que es la sede de este Tribunal Supremo de Justicia, y que por lo tanto, el lapso con que él contaba para interponer el presente recurso no estaba limitado a quince (15) días hábiles, sino que debían agregarse los días correspondientes al término de distancia, por lo que en consecuencia, al haberse interpuesto el presente recurso en el día hábil dieciséis (16) siguiente a la fecha de notificación de la decisión del Consejo Nacional Electoral, significa que el recurso sí fue interpuesto tempestivamente.

Frente a este señalamiento del recurrente, observa esta Sala Electoral, que el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que es la norma que establece el lapso para la interposición de los Recursos Contenciosos Electorales contra las decisiones del Consejo Nacional Electoral sobre recursos jerárquicos, expresamente señala lo siguiente:

*“El plazo máximo para interponer el Recurso Contencioso Electoral a que se refiere el artículo anterior, contra los actos o actuaciones del Consejo Nacional Electoral, será de quince (15) días hábiles contados a partir de:*

1. *La realización del acto;*
2. *La ocurrencia de los hechos, actuaciones materiales o vías de hecho;*
3. *El momento en que la decisión ha debido producirse, si se trata de abstenciones u omisiones; o,*

*En el momento de la denegación tácita, conforme a lo previsto en el artículo 231”.*

Como se observa en la norma citada, la misma es muy clara al señalar que el lapso para la interposición del Recurso Contencioso Electoral contra las decisiones del Consejo Nacional Electoral sobre recursos jerárquicos, es de quince (15) días hábiles, señalando expresamente la norma que ese es el “*plazo máximo*” y no estableciendo ninguna excepción al respecto, como sería el invocado término de la distancia, por lo que en consecuencia se encuentra plenamente ajustada a derecho la decisión del Juzgado de Sustanciación de esta Sala Electoral que declaró la Inadmisibilidad del Recurso Contencioso Electoral interpuesto por el ciudadano PEDRO POMPEYO CAMEJO RAMÍREZ, al constatar que el recurso fue interpuesto una vez fenecido el lapso de quince (15) días consagrado en la norma citada.

Desestima esta Sala Electoral el alegato formulado por el recurrente, de que al lapso de quince (15) días hábiles consagrado en el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política debe añadirse el “término de la distancia”, toda vez que esta institución procesal no es aplicable a los lapsos o términos establecidos en las leyes para el ejercicio del derecho de accionar. El “término de la distancia” es una institución eminentemente de naturaleza procesal, la cual tiene aplicabilidad una vez que se ha iniciado el proceso y que guarda relación exclusivamente con la realización de “actos intra-procesales” (contestación de la demanda, evacuación de pruebas, entre otros), cuando el lugar del tribunal en que debe efectuarse el acto es diferente de aquel donde se encuentra la persona o los autos requeridos.

Considera la Sala igualmente necesario señalar, a los fines de precisar la inaplicabilidad del “término de la distancia” al plazo legal para la interposición del Recurso Contencioso Electoral, que el artículo 242 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política regula lo relativo al supuesto de las personas no domiciliadas en el Área Metropolitana de Caracas, permitiéndole a las mismas que puedan interponer el Recurso Contencioso Electoral ante uno de los tribunales civiles que ejerzan jurisdicción en el lugar donde tenga su residencia el recurrente o los recurrentes. Al prever expresamente la Ley que el Recurso Contencioso Electoral puede ser interpuesto ante un Tribunal Civil de la jurisdicción donde reside el recurrente, reafirma lo señalado en el artículo 237 sobre el plazo máximo de quince (15) días hábiles para la interposición del Recurso Contencioso Electoral y que en consecuencia no puede invocarse como excepción, a los fines de una eventual prórroga de dicho lapso, el tener la residencia fuera del Área Metropolitana de Caracas que amerite la aplicabilidad del “término de la distancia”.

Sobre la base de lo antes señalado esta Sala Electoral ratifica que el lapso para la interposición de los Recursos Contenciosos Electorales contra las decisiones del Consejo Nacional Electoral sobre recursos jerárquicos es de quince (15) días hábiles, y no le es aplicable a dicho lapso el término de distancia para el caso de que el recurrente se encuentre domiciliado fuera de la ciudad de Caracas, por lo que en consecuencia esta Sala Electoral declara IMPROCEDENTE la apelación planteada por el ciudadano PEDRO POMPEYO CAMEJO RAMÍREZ el día 29 de junio 2005, contra el auto de fecha 21 de junio de 2005, dictado por el Juzgado de Sustanciación de esta Sala Electoral, a través del cual declaró INADMISIBLE el Recurso Contencioso Electoral interpuesto, por haber sido incoado una vez fenecido el lapso de 15 días hábiles consagrados en el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Así se decide.

C. *Emplazamiento: Cartel*

TSJ-SPA (5481)

11-8-2005

Ponencia Conjunta

Caso: Miguel A. Herrera H. vs. Ministerio del Interior y Justicia.

**La obligación de retirar y publicar el cartel de emplazamiento al que se refiere el artículo 21 aparte undécimo -parte *infine*- de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se debe verificar dentro de los treinta (30) días siguientes a su expedición, aplicando supletoriamente lo dispuesto en el ordinal 1° del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, contando luego el interesado con tres (3) días de despacho siguientes a dicha publicación para consignar en autos un ejemplar de la misma.**

En primer lugar, debe esta Sala pronunciarse sobre la solicitud formulada por la representación del Ministerio Público, en el sentido que se aplique en el presente caso el artículo 125 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por ser la Ley vigente

para el momento de la admisión del presente recurso de nulidad, ello en virtud de que en fecha 20 de mayo del 2004, entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.942 de la misma fecha.

Al respecto, debe precisar esta Sala que el presente recurso de nulidad fue admitido el 13 de mayo de 2004, es decir bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, verificándose la oportunidad para librarse el cartel de emplazamiento al tercer día de despacho siguiente a aquél en que constaran en autos las notificaciones ordenadas en el referido auto de admisión.

En efecto, los días 8 y 20 de julio de 2004, el Alguacil del Juzgado de Sustanciación dejó constancia de haber practicado las mencionadas notificaciones.

Así pues, para el momento en que debía librarse el cartel de emplazamiento ya se encontraba vigente la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que dicho cartel, tal y como lo consideró el Juzgado de Sustanciación, debía librarse con fundamento en el artículo 21 aparte undécimo de la referida Ley, por ser una norma de carácter procesal cuya aplicación era inmediata, conforme lo dispone el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto los efectos procesales que produce la expedición del mencionado cartel no se habían verificado todavía.

De allí que, será con fundamento en la mencionada norma que se analizará el caso de autos. En tal sentido se observa:

El artículo 21 aparte undécimo -parte *infine*- de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela establece:

“En el auto de admisión se ordenará la citación del representante del organismo o del funcionario que haya dictado el acto; al Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, el cual deberá consignar un informe hasta el vencimiento del plazo para presentar los informes; al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República. Asimismo, cuando fuere procedente, en esa misma oportunidad, se podrá ordenar la citación de los interesados, por medio de carteles que se publicarán en un (1) diario de circulación nacional, para que se den por citados, en un lapso de diez (10) días hábiles siguientes: contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados. El recurrente deberá consignar un (1) ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel, dentro de los tres (3) días siguientes a su publicación; el incumplimiento de esta obligación se entenderá que desiste del recurso, y se ordenará el archivo del expediente.” (Resaltado de la Sala).

La referida disposición establece la figura del desistimiento tácito en aquellas situaciones en que el recurrente no consigne el ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel de emplazamiento, dentro de los tres (3) días “siguientes” a su publicación, lapso que la Sala ha considerado debe ser computado por días de despacho, tal y como se estableció en sentencia n° 4920, del 14 de julio de 2005.

Ahora bien, de la lectura de la norma contenida en el referido artículo 21 aparte undécimo -parte *infine*- de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, constató la Sala que el legislador se limitó a establecer el lapso correspondiente para “consignar” la publicación en prensa del cartel de emplazamiento, esto es tres (3) días (de despacho), sin precisar el lapso para que la parte actora cumpla con las otras obligaciones inherentes a dicha formalidad, cuales son, su retiro y efectiva publicación, determinación que resulta de particular importancia, pues al no especificarse la oportunidad para que se verifiquen tales exigencias, el proceso queda en suspenso a espera del cumplimiento por parte del recurrente del retiro y publicación del cartel de emplazamiento, lo que

podría perjudicar ostensiblemente los derechos de los terceros que se vean afectados por el acto cuya nulidad se solicite en el recurso contencioso administrativo de anulación, además de contravenir el principio de celeridad procesal y seguridad jurídica, cuya estricta observancia contribuye a ejecutar la obligación de este Máximo Tribunal de ser garante de la justicia y la tutela judicial efectiva.

Por tal razón, esta Sala, actuando como ente rector de la jurisdicción contencioso-administrativa, a fin de garantizar que el proceso contencioso administrativo se lleve a cabo de una forma expedita, clara y sin obstáculos innecesarios, en el cual se asegure el derecho a la defensa y debido proceso (artículo 49 del texto fundamental) de todos los administrados, así como el acceso a la justicia, y siendo que el Juez como director del proceso debe procurar la estabilidad de los juicios, considera la Sala en esta oportunidad, que se debe aplicar supletoriamente, por mandato del primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el lapso de treinta (30) días continuos previstos en el artículo 267 ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil que establece la figura de la perención breve, para que en los recursos contencioso administrativos de anulación, se cumpla con la obligación de retirar y publicar el cartel de emplazamiento al que se refiere el aparte undécimo del artículo 21 de la Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal.

En efecto, dicho lapso de treinta (30) días comenzará a contarse a partir de la fecha en que sea expedido el cartel de emplazamiento, y será dentro del mismo que el recurrente deberá retirar y publicar el ejemplar del periódico donde fue publicado el referido cartel, contando luego con tres (3) días de despacho siguientes a dicha publicación para su consignación en autos; de manera que cuando el recurrente no cumpla con la carga procesal aquí descrita procederá la declaratoria de desistimiento, la cual se verifica como una sanción para la parte actora en virtud de su inactividad en el procedimiento. Así se declara.

Vista la relevancia e importancia del criterio establecido en este fallo, en su dispositivo se ordenará su publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Como consecuencia de la declaratoria anterior, en el caso en concreto esta Sala, a fin de poner en conocimiento al recurrente del criterio aquí fijado, ordena su notificación, y luego de que conste en autos la misma, empezarán a contarse los lapsos para que cumpla con la carga procesal de publicar y consignar el cartel de emplazamiento, toda vez que ya se verificó su retiro. Así se declara.

## II DECISIÓN

Por las consideraciones anteriormente expuestas, esta Sala Político- Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

1.- Que la obligación de retirar y publicar el cartel de emplazamiento al que se refiere el artículo 21 aparte undécimo -parte *infine*- de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, se debe verificar dentro de los treinta (30) días siguientes a su expedición, aplicando supletoriamente lo dispuesto en el ordinal 1° del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, contando luego el interesado con tres (3) días de despacho siguientes a dicha publicación para consignar en autos un ejemplar de la misma.

**TSJ-SPA (4920)**

**14-7-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Oliver Steven Vázquez Cárdenas vs. Ministerio de la Defensa

**Considera la Sala que el lapso de tres (3) días siguientes a la fecha de publicación del cartel de emplazamiento, para que el recurrente consigne en el expediente, un ejemplar del periódico donde conste dicha publicación y de no cumplirse con esta obligación, se declarará desistido el recurso y se ordenará el archivo del expediente. Dicho lapso debe ser computado por días de despacho, dado que la referida consignación tiene que hacerse en esa oportunidad, puesto que son éstos los días fijados por el Máximo Tribunal para cumplir con esas actuaciones procedimentales.**

El artículo 21, aparte 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

*“En el auto de admisión se ordenará la citación del representante del organismo o del funcionario que haya dictado el acto; al Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, el cual deberá consignar un informe hasta el vencimiento del plazo para presentar los informes, al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República. Asimismo, cuando fuere procedente, en esa misma oportunidad, se podrá ordenar la citación de los interesados, por medio de carteles que se publicaran en un (1) diario de circulación nacional, para que se den por citados, en un lapso de diez (10) días hábiles siguientes: contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados. **El recurrente deberá consignar un ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel, dentro de los tres (3) días siguientes a la publicación; el incumplimiento de esta obligación se entenderá que desiste del recurso, y se ordenará el archivo del expediente**”.* (Negrillas de la Sala)

El aparte antes transcrito establece un lapso de tres (3) días siguientes a la fecha de publicación del cartel de emplazamiento, para que el recurrente consigne en el expediente, un ejemplar del periódico donde conste dicha publicación y de no cumplirse con esta obligación, se declarará desistido el recurso y se ordenará el archivo del expediente. Considera la Sala que dicho lapso debe ser computado por días de despacho, dado que la referida consignación tiene que hacerse en esa oportunidad, puesto que son éstos los días fijados por este Máximo Tribunal para cumplir con esas actuaciones procedimentales.

Ahora bien, en el presente caso se constata que, una vez practicadas las notificaciones ordenadas en el auto de admisión al ciudadano Fiscal General de la República y a la ciudadana Procuradora General de la República, el Juzgado de Sustanciación en fecha 15 de julio de 2004, libró cartel de emplazamiento, el cual fue retirado por la apoderada judicial del recurrente el 8 de septiembre de 2004, publicado el 10 de septiembre de ese año y consignado en el expediente en fecha 14 de septiembre del mismo mes y año. En atención a ello, esta Sala observa que, contado el lapso transcurrido desde el día 10 de septiembre de 2004, fecha de publicación del referido cartel, hasta el 14 de septiembre del mismo año, oportunidad en la cual la representante judicial del recurrente consignó el mismo, se evidencia que esta última fue efectuada tempestivamente, por cuanto se realizó el primer día de despacho siguiente, o sea, dentro de la oportunidad legal para ello. Por tal motivo, debe la Sala declarar improcedente la solicitud efectuada por la representante de la Procuradora General de la República. Así se decide.

D. *Pruebas: Hecho notorio comunicacional*

**TSJ-SE (86)**

**14-7-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Varios vs. Consejo Nacional Electoral

**La Sala reitera la jurisprudencia existente en torno a los supuestos que configuran un hecho notorio comunicacional.**

Corresponde ahora examinar las reseñas de la prensa en las cuales se recogen presuntas declaraciones de terceros sobre el proceso de actualización, las cuales -a juicio del recurrente- reúnen los requisitos para ser catalogadas como un hecho notorio comunicacional. En ese sentido los recurrentes invocaron en su escrito: Dos supuestos reportajes del periodista Gustavo Azocar Alcalá, en los cuales se hace referencia a una comunicación enviada por el Fiscal Auxiliar de Cedulación de San Antonio del Táchira, ciudadano Freddy García Niño, al Coordinador Regional de la Misión Identidad, Coronel Rafael González; y al contenido de una carta supuestamente elaborada por el referido Fiscal Auxiliar, y dirigida al Fiscal General de Cedulación, Oswaldo Rodríguez Rivero, en la que se relatan una serie de hechos presuntamente irregulares en cuanto al proceso de cedulación.

Cabe advertir, antes de pronunciarse sobre el valor probatorio de las reseñas periodísticas invocadas, que en su escrito de promoción de pruebas (folio setecientos sesenta y cuatro -764- de la pieza 3 del expediente) los recurrentes ofrecieron traer al proceso la comunicación número FGC-0114, emanada del Fiscal Auxiliar de Cedulación de San Antonio del Táchira, ciudadano Freddy García Niño, denunciando al Coordinador Regional de la Misión Identidad, Coronel Rafael González, la cual no fue incorporada a los autos en la oportunidad de evacuación de pruebas.

En cuanto a las reseñas periodísticas invocadas, visto que los recurrentes alegan que se ha configurado lo que se ha denominado jurisprudencialmente un hecho notorio comunicacional, considera pertinente esta Sala Electoral traer a colación el criterio de la Sala Constitucional, plasmado en la sentencia número 98 del 15 de marzo de 2000, en la cual se precisaron los elementos que deben reunirse para considerar que se está ante un hecho de esta naturaleza, así como la forma en que debe ser incorporado a la causa. En el referido fallo se expresó:

“Es cierto que el hecho comunicacional, como cualquier otro hecho, puede ser falso, pero dicho hecho tiene características que lo individualizan y crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador. Esos caracteres confluyentes son: 1) Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, si no de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes; 3) Es necesario que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes la consolidación del hecho, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; y 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.

El que el hecho sea falso, como ya se dijo, es una posibilidad mínima, pero que siempre puede ser opuesto y constatado en la misma instancia, si es la parte quien pretende valerse de él, o en la alzada si proviene del juez; y hasta puede ser confrontado dentro del recurso de Casación, mediante el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

Resulta un despilfarro probatorio y un ritualismo excesivo, contrario a las previsiones de una justicia idónea, responsable, sin dilaciones indebidas y sin formalismos, que consagra el artículo 26 de la vigente Constitución, que se deba probar formalmente en un juicio, por ejemplo, que la Línea Aeropostal Venezolana es una línea aérea; que fulano es el Gobernador de un Estado; o que existen bebidas gaseosas ligeras, o que el equipo Magallanes es un equipo de béisbol; o que José Luis Rodríguez es un cantante; o Rudy Rodríguez una actriz; o que una persona fue asesinada, y que su presunto victimario resultó absuelto; se trata de conocimientos de igual entidad que el difundido por la prensa en el sentido que un día y hora determinado hubo una gran congestión de tránsito en una avenida, o se cayó un puente en ella, etc.

En este tipo de hecho, que no proviene de publicaciones o medios que merecen autenticidad, como lo serían las pruebas documentales, cuyas tarifas legales de valoración están establecidas en los artículos 1359, 1360 y 1363 del Código Civil, y que tampoco se encuen-

tran incorporados en forma estable a la memoria colectiva, no existe presunción alguna de veracidad y por ello queda a criterio del Juez valorarlos exigiendo o no la prueba, si las partes son quienes los alegan, lo que puede ocurrir en cualquier estado o grado del proceso, ya que el hecho puede tener lugar en cualquier tiempo.

No existe en las leyes procesales una oportunidad para que las partes consulten a los jueces sobre su conocimiento del hecho notorio clásico, o del notorio comunicacional, lo que carga a las partes, sobre todo con respecto a estos últimos, a probarlos mediante las publicaciones o copias de los audiovisuales, si es que dudan que el juez no los conozca. A tenor del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil los actos que la ley ordena se publique en periódicos son considerados fidedignos, lo que involucra que el periódico que los contiene también los son, salvo prueba en contrario. Ahora bien, si el ejemplar de la prensa se reputa, sin más, que emana del editor en esos casos, y que dicho ejemplar representa la edición de ese día, igual valor probatorio debe tener el periódico como tal en lo que al resto de su contenido expresa.

Pero para el juez, conocedor del hecho, de oficio puede acogerlo y fijarlo en el fallo, siempre que reúna las condiciones que permiten al hecho comunicacional considerarse notorio”.

En el presente caso, y dentro del contexto de estas premisas jurisprudenciales, la Sala considera que la formulación realizada por los recurrentes en cuanto a la configuración de un hecho notorio comunicacional, no reúne los requisitos aquí señalados, por cuanto:

1.- Los recurrentes no aportaron las publicaciones o copias de los audiovisuales en las cuales se recoge el hecho señalado, sino que realizaron una transcripción de unas noticias supuestamente aparecidas en la prensa (folios 320 al 324 de la pieza 2 del expediente) cuestionando la transparencia de la actualización del Registro Electoral en el Estado Táchira, sin aportar datos concretos en cuanto al medio, fecha, cuerpo y página en que aparecieron publicadas.

2.- La existencia o no de irregularidades en el proceso de actualización es un hecho que en la realidad política reciente pretendió controvertirse a través de una campaña comunicacional destinada a tal fin. De allí que no puede sostenerse que por el hecho de que algunos medios de comunicación hayan reseñado la ocurrencia de las mismas, tal hecho esté fuera de toda duda. Por otra parte, se trata de una serie de hechos que por su naturaleza están sujetos a la subjetividad de la reseña, por cuanto no se limita a exponer un acontecimiento sino que, el mismo hecho de calificarlo como una “irregularidad”, determina que también se ha emitido un juicio de valor. De allí que mal puede sostenerse que se está en presencia de un hecho notorio comunicacional, puesto que se trata de una opinión, por lo cual no podían los recurrentes sustraerse de su obligación de demostrar la verdadera existencia de dichas irregularidades (que las personas que estaban actualizando el Registro Electoral no ostentaban la condición de funcionarios autorizados por el Poder Electoral) a partir de supuestas reseñas de prensa.

Por todas estas razones, las supuestas reseñas de prensa invocadas carecen de la entidad suficiente para servir de prueba al hecho invocado. Así se declara.

## 2. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*

TSJ-SE (125)

11-8-2005

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Interpretación del artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo.

**La Sala reitera la jurisprudencia existente referente a los requisitos que deben cumplirse a fin de la procedencia del Recurso de Interpretación.**

Determinada como ha sido la competencia de este órgano judicial para conocer del presente recurso, corresponde entonces emanar un pronunciamiento con relación a la admisibilidad del mismo, y al respecto observa que los supuestos que concurrentemente deben

cumplirse a fin de que la interpretación proceda por la vía de este especial recurso fueron delineados por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, que antes de la entrada en vigencia de la actual Ley Fundamental, tenía atribuida con carácter exclusivo el conocimiento de este tipo de recursos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42, numeral 24, y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

De igual forma, cabe señalar que esos criterios de admisibilidad han sido acogidos por esta Sala Electoral en diversas oportunidades (sentencias 93 del 26 de julio de 2000, *interpretación del artículo 278 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*; 102 del 18 de agosto de 2000, *interpretación de los artículos 224 y 250 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*; 121 del 18 de junio de 2002, *interpretación del artículo 32 del Decreto con Fuerza de Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro*; 159 del 16 de octubre de 2002, *interpretación del artículo 8 de la Ley Orgánica del Instituto de Oficiales de las Fuerzas Armadas Nacionales en Situación de Disponibilidad y Retiro*; 159 del 7 de diciembre de 2004, *interpretación del artículo 179 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*, entre otras).

En ese orden de ideas, este órgano judicial ha sostenido que se requiere que la norma cuya interpretación y análisis se solicita sea de rango legal, pues sólo procede este recurso para fijar el alcance e inteligencia de textos legales.

En segundo lugar, es necesario que la propia Ley haya previsto de manera expresa el ejercicio de tal recurso respecto de las normas en ellas contenidas, salvo que la propia ley que prevé su interpretación disponga su extensión a otros textos normativos. En ese sentido, los más recientes criterios de la Sala Político-Administrativa han matizado esta exigencia en lo concerniente a que el instrumento de rango legal prevea la posibilidad de solicitar la interpretación del mismo, y así lo ha puesto de relieve esta Sala en sentencias números 21 del 13 de abril de 2005, *interpretación de la Resolución n° 030807-387 de fecha 7 de agosto de 2003 dictada por el Consejo Nacional Electoral (Normas para regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales)* y 81 del 14 de julio de 2005, *interpretación del artículo 32 y la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro*. Sin embargo, considera este órgano judicial que, estando prevista en el artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política la extensión de la posibilidad de incoar el recurso interpretación respecto otras leyes que regulen materias electorales aún cuando éstas no lo establezcan de forma expresa, esa matización no resulta necesaria en el ámbito contencioso-electoral.

En tercer lugar, se debe verificar la conexidad entre el recurso intentado y un determinado caso concreto, lo cual posee un doble propósito: por un lado, verificar la legitimación del recurrente evitando el simple ejercicio académico de interpretación y por el otro, permitir al intérprete apreciar objetivamente la existencia de la duda que se alegue como fundamento.

Los extremos exigidos se verifican en el presente caso, por cuanto la norma en cuya interpretación se centra la solicitud planteada por vía de este especial medio procesal -artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo- es una norma de rango legal, y si bien el texto de ese instrumento normativo no prevé expresamente el recurso de interpretación, como ya se señaló, sí lo hace el artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el cual extiende el mismo a las normas de otras leyes en materia electoral, por lo que debe considerarse suficientemente amplia la disposición en cuestión a los efectos de otorgarle sustento legal a la pretensión interpuesta en el presente caso.

Respecto del requisito de su conexión a un caso concreto, en primer lugar, cabe señalar que el mismo requiere ser matizado en el caso de que el accionante resulte ser, como en el presente caso, el Consejo Nacional Electoral, toda vez que el ya citado artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política le confiere al órgano rector del Poder Electoral

*ope legis* la legitimación para interponer el recurso de interpretación. En todo caso, resulta evidente que la pretensión aquí intentada no pretende un mero ejercicio académico o teórico y sí genera una duda que requiere de dilucidación, toda vez que la misma ha sido incoada por la representación del Consejo Nacional Electoral, órgano que tiene entre sus competencias, por imperativo del artículo 293 numeral 6 constitucional, la organización de procesos electorales en el ámbito sindical, y a tal efecto, a partir de la entrada en vigencia del texto constitucional, ha procedido a hacer uso de sus potestades normativas y supervisoras de dichos procesos comiciales. Asimismo, tal como se afirma en el escrito recursivo, al referido órgano le compete resolver en vía administrativa de las impugnaciones que se intenten contra tales procesos, por lo que se hace necesaria la resolución de la duda planteada a los fines de coadyuvar en la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico laboral a la materia electoral sindical. Así se decide.

De lo anterior esta Sala concluye que se encuentran cubiertos los supuestos exigidos para que resulte admisible la interpretación solicitada. Así se decide.

3. *El Contencioso Administrativo de las Demandas contra los Entes Públicos. Admisibilidad: Procedimiento administrativo previo*

**TSJ-SPA (4912)**

**13-7-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Fondo de Comercio Proyectos y Construcciones ZEIKAR vs. Alcaldía del Municipio Autónomo San Carlos de Austria del Estado Cojedes.

Como quiera que la representación judicial del accionado, alegó la falta de cumplimiento del procedimiento previo de demandas contra la República (aplicable a los Municipios), lo cual constituye una causal de inadmisibilidad de la demanda, la Sala estima necesario clarificar dicha situación en los términos siguientes:

Sobre la aludida figura, conviene recordar que han sido reiterados los pronunciamientos realizados en torno a su naturaleza y finalidad, considerándose que la vigencia del antejuicio administrativo previsto en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no tiene históricamente como causa eficiente real la de crear una instancia que equipare a una supuesta desigualdad de la Administración respecto a los particulares, sino que a través de dicho mecanismo se persigue imponer a la República de las eventuales reclamaciones que se dirigen en su contra, con miras a que se dispongan soluciones no contenciosas a los futuros litigios que pudieran surgir.

A este respecto, vale destacar el fallo dictado por esta Sala bajo el n° 1.735, de fecha 27 de julio de 2000, en el caso Juan Eduardo Adellán contra la República de Venezuela, cuando al analizar la causal de inadmisibilidad prevista en el ordinal 5° del artículo 84 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (ahora dispuesta en el aparte 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela), señaló:

*"(...) existen una serie de normas procesales que exigen al actor el cumplimiento de requisitos previos o la presentación de documentos específicos para que el juez admita la demanda. Es lo que en doctrina se denomina como documentos-requisitos indispensables para la admisión de la demanda..."*

*...omissis...*

*... el cumplimiento del antejuicio administrativo previo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República cuando la demandada es la República, funciona como un requisito de admisibilidad de la demanda. No puede enfocarse su*

*incumplimiento como una negación del ordenamiento jurídico a la tutela jurisdiccional. Por ello resulta indispensable diferenciar las causales de inadmisibilidad de una demanda de las de una acción. En el primer caso, la demanda podrá ser intentada en cualquier momento, siempre que se cumplan los requisitos previstos por la Ley, mientras que en el segundo tipo la acción jamás podrá ser intentada (...)*". (resaltado del texto).

De tal forma, que la omisión del requisito del antejuicio administrativo se traduce en una prohibición de la ley de admitir la demanda, mientras que no se le haya dado cumplimiento, pues tal procedimiento previo puede evitar el uso de la vía jurisdiccional.

Ahora bien, estando clara la vigencia y aplicación del privilegio procesal del antejuicio administrativo, resulta forzoso para esta Sala analizar si la parte accionada goza de tal prerrogativa, contenida en el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, según el cual quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República, deben manifestarlo previamente por escrito, al órgano al que le corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso.

En este sentido, recuerda la Sala que en múltiples oportunidades reconoció que los privilegios y prerrogativas consagrados por la legislación nacional a favor del Fisco Nacional, eran extensibles a los Municipios, en virtud de lo preceptuado en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal (Vgr. Sentencia n° 2.725, del 20 de noviembre de 2001, dictada en el caso Municipio San Cristóbal del Estado Táchira). Así, vale transcribir el contenido del artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, aplicable a este caso *ratione temporis*, el cual reza:

***“Artículo 102. El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional salvo las disposiciones en contrario contenidas en esta Ley. Igualmente, regirán para el Municipio, las demás disposiciones sobre Hacienda Pública Nacional en cuanto le sean aplicables”.*** (resaltado de la Sala).

Luego, se tiene que el artículo 63 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece:

***“Artículo 63: Los privilegios y prerrogativas procesales de la República son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procedimientos ordinarios y especiales en que sea parte la República”.***

Ahora bien, visto que la presente demanda está dirigida contra el Municipio San Carlos de Austria del Estado Cojedes y demostrado como ha sido que al Municipio accionado le resultaban aplicables las prerrogativas y privilegios otorgados al Fisco Nacional, sin hacer ninguna distinción entre privilegios fiscales y procesales, se debe analizar si en efecto la parte actora cumplió con el procedimiento administrativo previo.

En este orden de ideas, conviene indicar que al examinarse el presente expediente se puede apreciar que fue acompañada al libelo una inspección ocular realizada en fecha 6 de marzo de 2002, a través del Juzgado de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, la cual ha sido invocada por la parte actora como prueba suficiente del agotamiento del antejuicio administrativo. Sin embargo, tal inspección fue rechazada por la demandada, de allí que resulta necesario establecer si la misma puede considerarse como un medio idóneo para la demostración del cumplimiento de la aludida formalidad.

A este respecto, observa la Sala que la inspección ocular a que hace referencia quien demanda, de modo alguno puede configurarse como un mecanismo adecuado para dar por cumplido la mencionada fase previa, pues tal figura está básicamente destinada a dejar constancia del estado de los lugares o cosas que no se pueda o no sea fácil acreditar de otra manera, o hacer constar circunstancias que puedan desaparecer o modificarse por el transcurso del tiempo, mas, dentro de su objetivo, evidentemente, no se enmarca el agotamiento del procedimiento previo de demandas contra la República.

Adicional a lo anterior, debe resaltarse que tal y como lo expresa el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, antes referido, quien pretenda instaurar una demanda de contenido patrimonial contra la República, **debe manifestarlo previamente por escrito**, al órgano al que le corresponda el asunto **y exponer concretamente cada una de sus pretensiones**, supuesto no ocurrido en el caso tratado; en efecto, la mencionada inspección ocular, según su propio contenido, estaba dirigida a que se evidenciara la exacta ubicación física de “*la Alcaldía del Municipio Autónomo San Carlos del Estado Cojedes*”, la existencia de los contratos aquí tratados y sus respectivos montos, aspectos que en nada comportan lo que debe contener la solicitud en un antejuicio administrativo, no alcanzando de esta manera, la finalidad para la cual fue prevista, es decir, poner en conocimiento del Municipio el contenido de la pretensión que se dirige en su contra.

Por lo tanto, resulta concluyente que la parte actora no acreditó el cumplimiento de la formalidad que se analiza y en tal virtud, resulta forzoso declarar inadmisibles la presente demanda, de conformidad con lo previsto en los artículos 54 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en concordancia con lo establecido en el ordinal 5°, del artículo 84 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicable *ratione temporis*, hoy aparte 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara

#### 4. *El Contencioso Administrativo Especial*

##### A. *El Contencioso Administrativo Funcionarial: Competencia*

**CSCA (3174)**

**29-9-2005**

Juez Ponente: Jesús David Rojas Hernández

Caso: Mercedes Cecilia Negrón Paz vs. Consejo de Dirección de la Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt.

**La competencia para conocer de las acciones ejercidas por “docentes” que prestan servicios en las universidades nacionales le corresponde en primera instancia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Tal criterio ha sido enfático al señalar la especialidad del caso en que se encuentra los docentes universitarios, diferenciando así, al resto del personal administrativo que labora en las universidades, cuyas pretensiones, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada, compete a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativos Regionales.**

Previo a emitir cualquier pronunciamiento respecto al recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto por el ciudadano Miguel Ángel Negrón Balza en su condición de representante judicial de la ciudadana Mercedes Cecilia Negrón Paz, contra el Consejo de Dirección de la Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt, debe esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo pronunciarse acerca de su competencia para conocer la presente causa y a tal efecto observa que en decisión n° 2001-1.110 de fecha 31 de mayo de 2001 la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo aceptó la competencia declinada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental en los siguientes términos:

“El recurso contencioso administrativo de anulación fue interpuesto contra el acto administrativo contenido en el Oficio n° 236/2000/C.J., de fecha 13 de noviembre de 2000, emanado del Consejo de Dirección de la Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt, el cual está sometida (*sic*) al control jurisdiccional de esta Corte, conforme al artículo 185 ordinal 3° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades este Órgano (*sic*) Jurisdiccional (...)”.

Ahora bien, dado que se distribuyeron las causas pares que originalmente se encontraban en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, entre las cuales se encuentra la presente causa, todo ello en virtud de la Resolución n° 68 de fecha 27 de agosto de 2004, dictada por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, este Órgano Jurisdiccional considera necesario pronunciarse respecto a su competencia y en este sentido cabe destacar que la sentencia n° 00242 de fecha 19 de febrero de 2003, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se señaló lo siguiente:

“En tal sentido, debe señalarse que la jurisprudencia de esta Sala ha sido pacífica al sostener que ante una relación funcional o de empleo público, deben prevalecer los principios constitucionales relativos al juez natural y a la especialidad, conforme a la materia de que se trate.

Así pues, se ha establecido, incluso antes de la promulgación de la Ley del Estatuto de la Función Pública, es decir, bajo la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, que independientemente de que se excluyan a determinados grupos de funcionarios de su aplicación, por imperio de dichos principios, todo lo concerniente con relaciones funcionariales debía ser conocido por el Tribunal de la Carrera Administrativa, ahora Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativos Regionales.

No obstante, estima esta Sala que existen relaciones laborales que requieren un tratamiento especial respecto del régimen competencial aplicable, como es el caso de los Docentes Universitarios, quienes desempeñan una labor fundamental y muy específica al servicio de las Universidades y de la Comunidad.

En efecto los Docentes Universitarios están sujetos a un régimen especialísimo y específico que no necesariamente se compara con el régimen general aplicable a los funcionarios públicos. De allí que, considera esta Sala que este tipo de acciones deben ser conocidas conforme al régimen de competencia establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia [en su artículo 185, ordinal 3°]. (...)

En atención a las precisiones antes expuesta y a la norma parcialmente transcrita, considera esta Sala que, al tratarse el caso de autos de un recurso de nulidad interpuesto por un grupo de docentes contra un acto emanado del “Rector” de la Universidad Experimental Sur del Lago, con ocasión a su relación laboral, la competencia corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”. (Resaltado de la Sala)

Ello así, se ha determinado, de conformidad con la sentencia citada *supra*, que en materia funcional -como es el caso bajo estudio- la competencia para conocer de las acciones ejercidas por “docentes” que prestan servicios en las universidades nacionales le corresponde en primera instancia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, tal criterio ha sido enfático al señalar la especialidad del caso en que se encuentra los docentes universitarios, diferenciando así, al resto del personal administrativo que labora en las universidades, cuyas pretensiones, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada compete a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativos Regionales.

Del caso de marras se advierte que la parte accionante la ciudadana Mercedes Negrón desempeñaba el cargo de docente en la referida Universidad Nacional y asumiendo el criterio jurisprudencial *ut supra* citado, este Órgano Jurisdiccional declara su competencia para conocer de la causa tal y como fue asumida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así se decide.

B. *El Contencioso Administrativo Tributario*a. *Sentencia: Notificación a la Procuraduría General de la República*

TSJ-SPA (5406)

4-8-2005

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Puerto Licores, C.A. vs. Gerencia de la Aduana Principal de Guanta, Puerto La Cruz, Estado Anzoátegui y Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria.

**En aquellos juicios contencioso-tributarios en que sea parte el Fisco Nacional -y, por ende, se requiera la notificación de la Procuraduría General de la República-, y se haya dictado sentencia, sea ésta interlocutoria o definitiva, debe entenderse que una vez conste en autos la última de las boletas de notificación de cualquiera de las partes, es que comienza a correr el lapso de ocho (8) días de despacho para que éstas puedan ejercer su derecho a apelar de la sentencia de que se trate, a cuyo vencimiento se abrirá el lapso de ocho (8) días de despacho aludido en el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para que se entienda notificado el Procurador o Procuradora General de la República.**

Tal como se indicó *supra*, la representación judicial de la contribuyente solicitó de esta Sala que, como punto previo a resolver la materia de fondo debatida, procediera a declarar la inadmisibilidad por extemporáneo del recurso de apelación interpuesto por la representación fiscal y, por ende, la nulidad de todo lo actuado a partir de la intempestiva apelación efectuada en fecha 12 de febrero de 2003; petición que descansa sobre la base de los presupuestos de hecho previstos en los artículos 277 y 278 del Código Orgánico Tributario de 2001.

Al respecto, esta Sala considera conveniente en primer lugar hacer ciertas precisiones con respecto a lo alegado por la apoderada judicial de la contribuyente, específicamente en cuanto a la oportunidad en que comienza a computarse el lapso para que el Procurador o Procuradora General de la República se entienda por notificado o notificada del contenido de la sentencia, así como del inicio del lapso para el ejercicio del recurso de apelación; luego de lo cual, podrá determinarse si en el presente caso dicho recurso fue interpuesto tempestivamente.

En tal sentido, observa la Sala que la norma prevista en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional dispone lo que se expresa a continuación:

*“Artículo 12.- Los Tribunales, Registradores y demás autoridades, deberán enviar al Ministerio de Hacienda y a la Contraloría de la Nación, copia certificada de los documentos que les presenten los particulares y de cuyo texto se desprenda algún derecho a favor del Fisco Nacional, a no ser que en el otorgamiento de dichos documentos hubiese intervenido el funcionamiento fiscal competente. Asimismo, debe notificarse, por la vía más rápida, al Procurador de la Nación y al Contralor de la Nación, toda demanda, oposición, sentencia o providencia, cualquiera que sea su naturaleza, que obre contra el Fisco Nacional, así como la apertura de todo término para el ejercicio de un derecho o recurso por parte del Fisco.”*

Del contenido de la norma antes transcrita, se observa que todo Juez, Registrador y demás autoridades de la República, tiene la obligación *ex lege* de notificar a la Procuraduría y Contraloría General de la República, de toda demanda, sentencia o providencia que obre contra el Fisco Nacional, así como la apertura de todo término para el ejercicio de algún recurso y de la fijación de la oportunidad para la realización de algún acto.

Así, resulta necesario precisar que cuando el legislador concede expresamente un privilegio o una prerrogativa procesal a un ente político territorial o a un determinado órgano de la Administración Pública, sea ésta central o descentralizada, o de la Administración Contralora, no lo hace por mero capricho o porque la jerarquía del órgano o ente así lo requiere, sino porque tales privilegios procesales son otorgados por la ley en atención a los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico que se dilucidan dentro de la controversia procesal, tal como es el caso de los intereses patrimoniales del Estado que se ven debatidos en los juicios contencioso tributarios.

Ante tales consideraciones, ha sido criterio de esta Sala (*vid.* Sentencia del 2 de mayo de 2000, n° 00969, caso *Goodyear de Venezuela*), “*que el privilegio o prerrogativa procesal contemplado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional es, a todas luces, de obligatorio cumplimiento por parte de todas las autoridades a las cuales dicha norma hace referencia. Por tales motivos, cuando se instaura un proceso o se dicta una sentencia que obre contra los intereses del Fisco Nacional, la misma debe ser puesta en conocimiento de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República, independientemente de que la sentencia sea dictada dentro del lapso de ley y sin consideración de que el órgano Contralor sea parte o no en la causa donde haya recaído el fallo. Tal prerrogativa ex lege, no puede ser inaplicada o mediatizada puesto que, como se indicara precedentemente, ello implica un mecanismo de protección de intereses cuyo titular es, en definitiva, la ciudadanía. (...)*”.

De acuerdo con lo expuesto, se desprende que los Órganos Jurisdiccionales se encuentran en la obligación de notificar a la Procuraduría General de la República y a la Contraloría General de la República de toda sentencia que obre contra los intereses del Fisco Nacional, aun cuando la misma no haya sido dictada dentro del lapso previsto, todo ello, con la finalidad de dar cumplimiento al privilegio procesal antes señalado, dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Establecido lo anterior, corresponde a esta Sala verificar el lapso previsto en la Ley para que fuera interpuesto el recurso de apelación en el presente caso, el cual se encuentra contenido en los artículos 277 y 278 del Código Orgánico Tributario de 2001 aplicable *rationae temporis y materiae*, cuyos textos disponen que:

**“Artículo 277.- Presentados los informes, o cumplido que sea el auto para mejor proveer, o pasado el término señalado para su cumplimiento, el Tribunal dictará su fallo dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes, pudiendo diferirlo por solo una vez, por causa grave sobre la cual el Juez hará declaración expresa en el auto de diferimiento y por un plazo que no excederá de treinta (30) días continuos.**

**Parágrafo Primero.- En caso que el Tribunal dicte la sentencia dentro este lapso, el mismo deberá dejarse transcurrir íntegramente a los efectos de la apelación. Los jueces procurarán sentenciar las causas en el orden de su antigüedad.**

**La sentencia dictada fuera del lapso establecido en este artículo o de su diferimiento deberá ser notificada a las partes, sin lo cual no correrá el lapso para interponer la apelación.**

**Parágrafo Segundo.- Dictada la sentencia fuera de los lapsos establecidos en este artículo, el lapso para interponer la apelación empezará a correr una vez que conste en autos la última de las notificaciones.**

**Artículo 278. De las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de la causa, o de las interlocutorias que causen gravamen irreparable, podrá apelarse dentro del lapso de ocho (8) días de despacho, contados conforme lo establecido en el artículo anterior.**

**Cuando se trate de la determinación de tributos o de la aplicación de sanciones pecuniarías, este recurso procederá sólo cuando la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 UT) para las personas naturales y de quinientas unidades tributarias (500 UT) para las personas jurídicas.”** (Destacados de la Sala)

De este modo, las normas transcritas establecen que la interposición del recurso de apelación debe hacerse en el término legal correspondiente, es decir, dentro de los ocho (8) días de despacho, contados a partir de que conste en autos la última boleta de notificación.

Ahora bien, es necesario relacionar el contenido de las disposiciones *in commento* con la normativa prevista en el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 5.554 de fecha 13 de noviembre de 2001, aplicable al presente caso, que señala lo siguiente:

*“Artículo 84.- En los juicios en que la República sea parte, los funcionarios judiciales, sin excepción, están obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de toda sentencia interlocutoria o definitiva. **Transcurrido el lapso de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la consignación en el expediente de la respectiva constancia, se tiene por notificado el Procurador o Procuradora General de la República y se iniciarán los lapsos para la interposición de los recursos a que haya lugar.***

*La falta de notificación es causal de reposición y ésta puede ser declarada de oficio por el Tribunal o a instancia del Procurador o Procuradora General de la República.”* (Destacado de la Sala).

Es así como la norma *supra* citada establece una prerrogativa procesal a favor de la República, al contemplar el lapso de ocho (8) días hábiles siguientes a la consignación de la boleta de notificación del Procurador o Procuradora General de la República para que se tenga notificado o notificada de la demanda, sentencia o providencia que afecte los intereses del Fisco Nacional, luego de lo cual se iniciarán los lapsos para poder ejercer los recursos a que haya lugar.

A este respecto, conviene señalar que el referido lapso de ocho (8) días debe computarse como de días de despacho, todo ello con el fin de garantizar la igualdad de las partes y el derecho a la defensa de las mismas en los juicios contencioso-tributarios, así como de asegurar el cumplimiento del principio de uniformidad de los lapsos procesales.

Dilucidado lo anterior, se constata que la norma prevista en el párrafo segundo del artículo 277 del Código Orgánico Tributario, dispone que el lapso para interponer, en casos como el de autos, el recurso de apelación, comenzará a transcurrir al constar en autos la última de las notificaciones, incluyendo todas aquellas a las que está obligado a efectuar el órgano jurisdiccional en los juicios contencioso-tributarios en los que la República sea parte y se ventilen intereses del Fisco Nacional.

Así las cosas, de interpretar aisladamente la norma referida *supra* y el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se produciría un obstáculo respecto a la oportunidad que tienen las partes en los juicios contencioso-tributarios para ejercer el recurso de apelación, ya que en el caso de no ser la última boleta de notificación consignada en el expediente la realizada al Procurador General de la República, surgiría la apertura de dos lapsos distintos para apelar; uno para la Procuraduría General de la República que comenzaría al vencimiento de ocho (8) días de despacho a que conste en autos su boleta de notificación, y otro, para las demás partes o interesados a los que se tiene la obligación de notificar, el cual comenzaría atendiendo a lo previsto en el artículo 277, párrafo segundo del Código Orgánico Tributario, una vez constara en autos la última de las notificaciones a ellos dirigida.

Delimitado lo anterior, y haciendo una interpretación concatenada y armónica de las disposiciones contempladas tanto en el Código Orgánico Tributario como en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, esta Sala considera que en aquellos juicios contencioso-tributarios en que sea parte el Fisco Nacional -y, por ende, se requiera la notificación de la Procuraduría General de la República-, y se haya dictado sentencia, sea ésta interlocutoria o definitiva, debe entenderse que una vez conste en autos la

última de las boletas de notificación de cualquiera de las partes, es que comienza a correr el lapso de ocho (8) días de despacho para que éstas puedan ejercer su derecho a apelar de la sentencia de que se trate, a cuyo vencimiento se abrirá el lapso de ocho (8) días de despacho aludido el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para que se entienda notificado el Procurador o Procuradora General de la República. Así se declara.

Es de advertir que siguiendo la anterior interpretación, el Procurador o Procuradora General de la República, puede ejercer el recurso de apelación tanto en el lapso ordinario de ocho (8) días de despacho previsto en el Código Orgánico Tributario, como luego en los ocho (8) días de despacho contemplados en el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, todo ello a los fines de dar cumplimiento al privilegio procesal dispuesto a favor de esta última; considerando además que si el Procurador o Procuradora General de la República incoare su apelación dentro del lapso previsto al efecto por el Código Orgánico Tributario, resultaría innecesaria la apertura de los 8 días dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley que rige sus funciones, por cuanto los intereses del Fisco Nacional habrían sido protegidos con el efectivo ejercicio del aludido recurso. En virtud de las anteriores consideraciones, esta Sala modifica el criterio acogido mediante sentencia n° 02180 del 17 de noviembre de 2004 (Caso *Banco Unión, S.A.C.A.*). Así se decide.

Aunado a lo anterior, es oportuno señalar que en decisión N° 00496 del 19 de marzo de 2002, caso *Consorcio Ediviagro-Cable Belt*, esta Sala dejó establecido que en el proceso judicial, la figura de la notificación sirve como instrumento para garantizar a las partes de un juicio el ejercicio del derecho a la defensa, pues asegura la participación de los sujetos procesales, a objeto de preservar la certeza jurídica, la igualdad de tratamiento y la lealtad dentro del contradictorio. En efecto, para que pueda proceder la apelación de la sentencia definitiva, las partes que intervienen en el juicio deben estar a derecho, es decir, luego de estar debidamente notificadas de las actuaciones que así lo ameriten.

En tal sentido, se considera que las partes están a derecho cuando en el expediente constan todas y cada una de las boletas de notificaciones libradas a las mismas, debidamente firmadas por ellas. Es sólo a partir de la fecha de consignación de la última de dichas boletas libradas o debidamente notificadas, que comienza a correr el lapso para interponer el recurso de apelación que corresponde, con lo que se respeta el derecho a la defensa y al debido proceso de las partes que intervienen en el proceso e igualmente se otorga seguridad jurídica para el cómputo del lapso de apelación; todo ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

b. *Desistimiento*

**TSJ-SPA (4897)**

**13-7-2005**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Panadería y Pastelería El Nuevo Milenio C.A. vs. Procuraduría General de la República.

**Dada la importancia de las potestades constitucionales conferidas a la Contraloría General de la República, como órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos y en procura de un amplio margen de seguridad jurídica, tanto para el Estado como para los contribuyentes, es un imperativo procesal que para el ejercicio de sus funciones y eficacia de sus actos, el Órgano Contralor autorice expresamente a sus representantes legales para desistir tanto de la acción como del procedimiento, tratándose además, de juicios en los que está comprometido el patrimonio público.**

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la solicitud de homologación del desistimiento de la apelación efectuada por la representante judicial de la Contraloría General de la República y en tal sentido, observa:

Que en fecha 24 de mayo de 2005, la Secretaria de esta Sala dejó constancia que la abogada Linda Aguirre Andrade, antes identificada, compareció en su carácter de representante del aludido Órgano Contralor, a cuyos efectos consignó copia certificada de la Resolución n° 01-00-039 de fecha 14 de marzo de 2005, emanada del Contralor General de la República, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 38.152 del 22 de marzo de 2005, y expuso:

*“En nombre de mi representada desisto de la apelación ejercida contra el auto de fecha 08 de marzo de 2005, emanado del Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario (...).”* (Resaltado de la Sala).

En orden a lo anterior, este Supremo Tribunal pasa a revisar si en el caso bajo análisis se encuentran dados los requisitos o presupuestos necesarios para homologar el desistimiento planteado.

Así, se observa que al folio 39 del expediente corre inserta la Resolución n° 01-00-039 de fecha 14 de marzo de 2005, emanada del Contralor General de la República, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 38.152 del 22 de marzo de 2005, que derogó la Resolución n° 01-00-046 de fecha 03 de febrero de 2004, emanada del aludido órgano contralor, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.873 del 05 de febrero de 2004, la cual es del tenor siguiente:

*“Caracas, 14 de marzo de 2005. n° 01-00-039. RESOLUCIÓN. CLODOSBALDO RUSIÁN UZCÁTEGUI CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 37.347 del 17 de diciembre de 2001, designo (sic) a los abogados y abogadas ... LINDA ‘CAROLINA AGUIRRE ANDRADE ... titulares de las cédulas de identidad numeradas ... 10.449.621 ..., respectivamente, e inscritos en el Inpreabogado bajo los números ... 56.641, ... consecutivamente, para que en representación de la Contraloría General de la República, intervengan conjunta o separadamente, en los juicios de nulidad y acciones de amparo interpuestos contra los actos que emanen de este organismo contralor, o que estén relacionados con su Ley Orgánica, su Estatuto de Personal, su Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones, el Procedimiento de Declaraciones Juradas de Patrimonio, la Ley Orgánica del Trabajo; en aquellos juicios que sea llamada a intervenir o tenga interés; en las causas fiscales relacionadas con los reparos formulados por el Organismo Contralor y en los juicios que se interpongan con ocasión de los actos emanados, de los titulares de sus órganos, o sus funcionarios, vinculados con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.*

*En ejercicio de esta representación los mencionados abogados y abogadas podrán, darse por citados o notificados en mi nombre, deberán ejercer y sostener ante los organismos judiciales en cualquier instancia, los derechos e intereses de la Contraloría General de la República y de la Hacienda Pública Nacional, intervenir en todos los actos de los procedimientos judiciales de que se trate, ejercer los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, así como formular denuncias”.* (Resaltado de esta Sala).

De la resolución antes transcrita, se desprende de manera diáfana que ella no autoriza a la representante judicial de la Contraloría General de la República, abogada Linda Aguirre Andrade, antes identificada, para desistir en la causa objeto de conocimiento, así como tampoco obra en el expediente *sub examine*, ningún documento que le otorgue tal facultad.

En atención a lo anterior, la Sala considera pertinente resaltar que dada la importancia de las potestades constitucionales conferidas a la Contraloría General de la República, como órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos y en procura de un amplio margen de seguridad jurídica, tanto para el Estado como para los contribuyentes, es un imperativo procesal que para el ejercicio de sus funciones y eficacia de sus actos, el Órgano Contralor autorice expresamente a sus representantes legales para desistir tanto de la acción como del procedimiento, tratándose además, de juicios en los que está comprometido el patrimonio público.

Sobre la base de lo precedentemente expuesto, ante la inexistencia en autos de documento alguno mediante el cual se autorice de manera expresa a la representante judicial de la Contraloría General de la República para desistir en el caso bajo análisis, resulta forzoso para esta Sala concluir que la abogada Linda Aguirre Andrade no tiene facultad para desistir en este juicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, dispositivo aplicable al caso concreto por remisión expresa del artículo 332 del Código Orgánico Tributario, razón por la cual este Máximo Tribunal se abstiene de homologar el desistimiento solicitado. Así se decide

*c. Perención*

**TSJ-SPA (4928)**

**14-7-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: SUPERMETANOL, C.A. vs. Decisión del Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**La figura de la perención se refiere al simple cumplimiento de una condición objetiva, que no toma en cuenta la voluntariedad de las partes, es decir, no considera los motivos que tuvieron éstas y por los cuales se mantuvo paralizada la causa, sino que el simple transcurso del tiempo de un año de inactividad origina de pleno derecho la declaratoria de la misma.**

En tal sentido, esta Sala constata que la controversia se circunscribe a precisar si operó la perención de la instancia en el aludido recurso contencioso tributario, por la inactividad de las partes desde el 16 de septiembre de 1999, fecha esta en que el Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas le dio entrada al recurso y ordenó formar el expediente respectivo. A tal efecto, se observa lo siguiente:

La perención de la instancia opera por la inactividad de las partes, es decir, por la no realización de actos de procedimiento destinados a mantener en curso el proceso, cuando esta omisión se prolonga por más de un año.

Dicho modo de terminación procesal no es más que una sanción, que tiene por objeto evitar que los procesos en que existe falta de instancia o interés de las partes se prolonguen indefinidamente.

A tal efecto, se observa que la figura de la perención se encuentra prevista en la norma dispuesta en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, el cual resulta aplicable de manera supletoria a la presente causa por mandato expreso de la norma contenida en el artículo 223 del Código Orgánico Tributario de 1994, vigente *rationae temporis* al presente asunto, en los términos que a continuación se transcriben:

*“Artículo 267.- Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. La inactividad del juez después de vista la causa no producirá la perención”.*

Siguiendo la aplicación del transcrito dispositivo normativo, esta Sala considera que basta para que opere la perención, que la causa haya permanecido paralizada por más de un año, debiendo contarse dicho término a partir de la fecha en que se haya efectuado el último acto del procedimiento, transcurrido el cual, el tribunal podrá, sin más trámites, declarar consumada la perención de oficio o a instancia de parte.

Se trata así del simple cumplimiento de una condición objetiva, que no toma en cuenta la voluntariedad de las partes, es decir, no considera los motivos que tuvieron éstas y por los cuales se mantuvo paralizada la causa, sino que el simple transcurso del tiempo de un año de inactividad origina de pleno derecho la declaratoria de perención.

En definitiva, basta para que opere la perención de pleno derecho, el que se haya paralizado la causa por más de un año, independientemente de que se trate de razones imputables a las partes, pues el único límite impuesto por la norma aplicable prevista en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, es que la inactividad del Juez después de vista la causa no producirá la perención.

*C. El Contencioso Administrativo Electoral. Objeto: Actos administrativos electorales*

**TSJ-SE (86)**

**14-7-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Varios vs. Consejo Nacional Electoral

**La Sala Electoral reitera que en materia electoral el interesado en obtener la declaratoria de nulidad de un acto comicial no sólo tiene que invocar alguna de las causales tipificadas legalmente, sino que además debe probar la irregularidad del mismo y evidenciar que el vicio es de tal entidad que modifique los resultados comiciales.**

Antes de pasar a examinar la denuncia planteada, resulta conveniente exponer de forma sucinta una serie de consideraciones generales, en las cuales se reitera la jurisprudencia de este órgano judicial, que servirán de marco teórico a varios de los razonamientos y conclusiones que se expondrán con ocasión de analizar los alegatos controvertidos en la presente causa. En ese orden de ideas, lo primero que debe advertir esta Sala es que en este ámbito, la llamada presunción de validez del acto administrativo posee especiales connotaciones. En efecto, además de tenerse por válido y eficaz el acto dictado por la Administración Electoral, en esta especial materia existe un principio fundamental, que es el referido a la conservación del acto electoral y el respeto a la voluntad de los electores, por lo cual, en materia electoral el interesado en obtener la declaratoria de nulidad de un acto comicial no sólo tiene que invocar alguna de las causales tipificadas legalmente, sino que además debe probar la irregularidad del mismo y evidenciar que el vicio es de tal entidad que modifique los resultados comiciales. Esto se vincula con el principio del logro del fin, propio del procedimiento administrativo, que básicamente puede resumirse en este punto como que no toda irregularidad en el acto o procedimiento determina su nulidad, sino sólo aquella que altera su esencia, modifica su resultado o causa indefensión al particular.

En el ámbito electoral, si el vicio denunciado no trasciende al punto de incidir en los resultados de los comicios, el mismo no conlleva a la anulación del acto, puesto que ningún sentido tiene declarar una nulidad en sí misma si el resultado del proceso electoral, corregido el vicio, no se vería alterado.

Consecuencia de ello es el hecho de que, en materia electoral, para que una impugnación prospere debe: 1) Desvirtuar la presunción de validez y legitimidad del acto electoral; 2) Demostrar que se trata de un vicio grave que altera la esencia del acto y no simplemente de una irregularidad no invalidante; y 3) Evidenciar que el vicio, además, altera los resultados del proceso electoral de forma tal que resulta imposible su subsanación o convalidación (Véanse al respecto las consideraciones expuestas por esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 114 del 2 de octubre de 2000, caso *Gobernador del Estado Amazonas*, así como los lineamientos expuestos en materia de subsanación y convalidación, en sentencia 139 del 10 de octubre de 2001, caso *Gobernador del Estado Mérida*).

En el marco de los anteriores razonamientos, los cuales han sido asumidos como criterios rectores en la doctrina jurisprudencial de este órgano judicial a los fines de determinar la procedencia de declarar nulidades de votaciones o de elecciones, pasa esta Sala a examinar la denuncia planteada y al efecto observa que emana de autos (folio 14 de la primera pieza del expediente administrativo) que conforme a lo previsto en el artículo 4 de las Normas para la Totalización y Proclamación de los Resultados del Referendo Revocatorio Presidencial del 15 de agosto de 2004, publicadas en la *Gaceta Electoral* número 203 del 2 de julio de 2004, el Consejo Nacional Electoral procedió a designar la Comisión Nacional de Totalización; en cambio, no aparece demostrado que se haya designado la Subcomisión de Verificación y Control.

Así, cursa al folio catorce (14) de la primera pieza del expediente administrativo, copia certificada de comunicación de fecha 14 de agosto de 2004 emanada de la Secretaría General y dirigida a los Rectores del Consejo Nacional Electoral, en la cual se afirma que dicha Secretaría “*ha dejado constancia en registro magnetofónico (...) que en sesión celebrada el día 11-08-2004 los Rectores Electorales Principales del Consejo Nacional Electoral aprobaron, designar la Comisión Nacional de Totalización, integrada por los Rectores Jorge Rodríguez, Ezequiel Zamora, Oscar Battaglini, Andrés Brito como Coordinador y un Adjunto*”.

De allí que luce evidente entonces que resulta parcialmente cierta la afirmación del recurrente acerca de la omisión del Consejo Nacional Electoral. Sin embargo, la forma en que ha sido expuesta la denuncia no cumple con los principios que rigen en materia de impugnación de actos electorales, antes señalados, ya que, en primer lugar la irregularidad no ha sido encuadrada en ninguno de los supuestos de nulidad previstos en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; y, en segundo lugar, los denunciantes no han alegado ni demostrado que dicha irregularidad haya originado alguna modificación de los resultados comiciales.

En definitiva, la falta de constitución de la Subcomisión de Verificación y Control no constituye una irregularidad en el proceso de referendo que pueda determinar su nulidad, toda vez que ello no ha sido alegado ni mucho menos probado que deviniera en un obstáculo para la verificación de la totalización de la votación y de la proclamación de los resultados, por lo que es evidente la consecución de la finalidad del proceso comicial, sin que se hubiere alterado su esencia ni modificado los resultados arrojados, por este motivo. Por las razones expuestas, resulta forzoso declarar improcedente la denuncia. Así se declara.

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. *Control de la Constitucionalidad*

**TSJ-SC (1798)**

**19-7-2005**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**La actividad intelectual expresada a través del contraste de las normas, no se puede limitar a una simple comparación gramatical de su texto, por lo que debe comportar igualmente, una apreciación de orden conceptual, de sentido lógico, que incida en el valor de integración al sistema que deben observar las diversas disposiciones jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico positivo, mediante su subordinación a las pautas dictadas por la Norma Fundamental.**

Señalado lo anterior, estima esta Sala procedente precisar que, tratándose de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra normas de carácter local, el ejercicio del control jurisdiccional que esta Sala tiene atribuido de manera exclusiva, se centra, básicamente, en realizar el contraste objetivo entre las disposiciones normativas impugnadas y las normas constitucionales cuya violación se denuncia, con el fin de determinar la situación de correspondencia o contrariedad que pueda existir entre los dispositivos regulatorios bajo análisis, partiendo de la necesaria subordinación jerárquica que deben todas las normas del ordenamiento positivo al texto constitucional, el cual, por ese motivo, ostenta rango de supremo y fundamental dentro del ordenamiento jurídico positivo, tal como lo establece, en forma expresa e indubitable, el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Es esta, pues, la noción clave del control jurisdiccional de la constitucionalidad, con el cual se persigue preservar y garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (art. 335 constitucional), y con ello, la integridad y unidad del Estado, a través de su expresión estructural y funcional, en tanto figura constitutiva de su representación jurídica y política, en todas sus manifestaciones y a través de todos sus componentes. En este orden de ideas, debe advertir la Sala, que esa actividad intelectual expresada a través del contraste de las normas, no se puede limitar a una simple comparación gramatical de su texto, por lo que debe comportar igualmente, una apreciación de orden conceptual, de sentido lógico, que incida, precisamente, en el valor de integración al sistema que deben observar las diversas disposiciones jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico positivo, mediante su subordinación a las pautas dictadas por la Norma Fundamental (Constitución).

2. *Acción de Inconstitucionalidad: Emplazamiento de los interesados*

**TSJ-SC (1798)**

**19-7-2005**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**Tanto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia como en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad para hacerse parte en el procedimiento de nulidad de actos normativos es desde la publicación del cartel de emplazamiento, con la sola diferencia que bajo la vigencia de la Ley derogada la comparecencia de los interesados se extendía hasta la oportunidad en que se efectuase el acto de informes, mientras que de acuerdo con la nueva Ley “una vez que venzan los diez días hábiles para todos los llamados a comparecer, el Juzgado de Sustanciación dará por precluida la oportunidad para hacerlo y dictará el auto convocando para un acto oral y público”, previa a cuya celebración “la Sala calificará el interés de los terceros que pretendan hacerse parte en el proceso”.**

Establecida por esta Sala su competencia y presentada la controversia en los términos descritos, debe, antes de entrar a dilucidar el fondo del asunto, pronunciarse acerca de la intervención tanto de los representantes de la Asociación de Residentes de la Urbanización Los Palos Grandes (ASOREPAL), Asociación Civil de Residentes de la Urbanización La Floresta, Asociación de Vecinos El Rosal (ASOROSAL), Asociación de Residentes de las Urbanizaciones Campo Alegre y San Marino (ARUCA), Asociación de Residentes y Propietarios de la Plaza Altamira Norte (ARPPAN), y Asociación de Residentes de las Urbanizaciones Altamira y La Castellana (ARAUCA), como de los representantes de Restaurant Heladería “El Naturista” C.A., quienes presentaron ante la Secretaría de esta Sala Constitucional sendos escritos en los que solicitan se tenga a sus representadas como terceros coadyuvantes de la presente causa.

Al efecto, observa esta Sala que la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuya normativa se aplicó desde el inicio de la sustanciación de la presente causa, regulaba, en sus artículos 116 y 117, la forma de participación de los terceros en el procedimiento de nulidad de actos normativos, en los términos siguientes:

“Artículo 116. En el auto de admisión se dispondrá notificar por oficio al Presidente del cuerpo o funcionario que haya dictado el acto y solicitar dictamen del Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, quien podrá consignar su informe mientras no se dicte sentencia. También se notificará al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República. En la misma oportunidad, el Tribunal podrá ordenar la citación de los interesados por medio de carteles, cuando a su juicio fuere procedente.

Artículo 117. A partir de la fecha del auto de admisión o de la publicación del cartel a que se refiere el artículo anterior, comenzará a correr un término de sesenta días continuos dentro del cual los interesados podrán promover y evacuar las pruebas pertinentes.

Vencido dicho término, se devolverán los autos a la Corte y ésta, en la audiencia siguiente al recibo del expediente, designará Ponente y se procederá de conformidad con lo establecido en los artículos 94, 95 y 96 sin perjuicio de lo previsto en el artículo 63 de esta Ley”. (Subrayado de la Sala).

El espíritu de las disposiciones transcritas permanece, en mayor o menor medida, en el artículo 21, párrafos 12 y 13 de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando establece lo siguiente:

“En el auto de admisión se ordenará la citación del representante del organismo o del funcionario que haya dictado el acto; al Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, el cual deberá consignar un informe hasta el vencimiento del plazo para presentar los informes; al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República. Asimismo, cuando fuere procedente, en esa misma oportunidad, se podrá ordenar la citación de los interesados, por medio de carteles que se publicarán en un (1) diario de circulación nacional, para que se den por citados, en un lapso de diez (10) días hábiles siguientes: contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados. El recurrente deberá consignar un (1) ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel, dentro de los tres (3) días siguientes a su publicación; el incumplimiento de esta obligación se entenderá que desiste del recurso, y se ordenará el archivo del expediente.

Una vez practicada la citación, cualquiera de las partes podrán solicitar la apertura de un lapso para promover y evacuar las pruebas que consideren convenientes para la mejor defensa de sus intereses, dicho lapso será de cinco (5) días hábiles para promoverlas y treinta (30) días continuos para evacuarlas; en caso de que fuere necesario, dicho plazo podrá extenderse por una sola vez, por un lapso de quince (15) días continuos, cuando sea necesario. En el período de promoción de pruebas las partes indicarán los hechos sobre los cuales recaerán las mismas y producirá aquéllas que no requieran evacuación” (subrayado de este fallo).

Así pues, de las normas mencionadas se evidencia que, tanto en la legislación vigente como en la derogada, la oportunidad para hacerse parte en dicho proceso es desde la publicación del cartel de emplazamiento, con la sola diferencia que bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia la comparecencia de los interesados se extendía hasta la oportunidad en que se efectuase el acto de informes, mientras que de acuerdo con la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala recientemente precisó que “una vez que vengán los diez días hábiles para todos los llamados a comparecer, el Juzgado de Sustanciación dará por precluida la oportunidad para hacerlo y dictará el auto convocando para un acto oral y público”, previa a cuya celebración “la Sala calificará el interés de los terceros que pretendan hacerse parte en el proceso” (*vid.* sentencia n° 1.645 del 19 de agosto de 2004, caso *Gregorio Pérez Vargas*).

Por lo tanto, como quiera que, en el presente caso, la publicación del cartel fue ordenada, de conformidad con el artículo 116 de la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por decisión del Juzgado de Sustanciación de esta Sala Constitucional del 8 de enero de 2004, consignándose la misma a los autos el 12 de febrero de 2004, y visto que el acto de informes se celebró el 9 de noviembre de 2004, habiendo sido presentados durante ese lapso los escritos tanto de los representantes de la Asociación de Residentes de la Urbanización Los Palos Grandes (ASOREPAL), Asociación Civil de Residentes de la Urbanización La Floresta, Asociación de Vecinos El Rosal (ASOROSAL), Asociación de Residentes de las Urbanizaciones Campo Alegre y San Marino (ARUCA), Asociación de Residentes y Propietarios de la Plaza Altamira Norte (ARPPAN), y Asociación de Residentes de las Urbanizaciones Altamira y La Castellana (ARAUCA), como de los representantes de Restaurant Heladería “El Naturista” C.A., mediante los cuales acudieron a la presente causa aduciendo su carácter de terceros coadyuvantes en defensa de una postura u otra, esta Sala admite a los señalados ciudadanos, pero bajo la cualidad de auténticas partes -sosteniendo intereses distintos- en el presente recurso de nulidad, dada la amplitud de la legitimación para recurrir en inconstitucionalidad, teniendo la posibilidad de plantear de manera autónoma argumentos propios, además de los compartidos bien con la recurrente o bien con el representante del Municipio Chacao. Así se decide.

### 3. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

**TSJ-SC (1573)**

**12-7-2005**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: CARBONELL THIELSEN, C.A. vs. Revisión de sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

**La Sala Constitucional reitera su jurisprudencia respecto a la facultad que detenta para revisar las actuaciones de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen las normas y principios contenidos en la Constitución, así como aquellas que se opongan a las interpretaciones que sobre tales normas haya realizado esa Sala Constitucional, en ejercicio de las atribuciones conferidas de forma directa por el Texto Constitucional.**

Esta Sala a los fines de determinar su competencia para conocer de la presente causa, observa lo siguiente:

Al respecto, el artículo 336 numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece como atribución de esta Sala Constitucional la revisión de “(...) *sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva*”.

En este sentido, la Sala reitera su criterio sostenido en decisión del 25 de enero de 2001, (caso *Baker Hughes*) donde estableció la facultad que detenta, como máximo garante de la constitucionalidad de los actos del poder público, para revisar las actuaciones de las demás Salas de este Supremo Tribunal que contraríen las normas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como aquellas que se opongan a las interpretaciones que sobre tales normas haya realizado esta Sala Constitucional, en ejercicio de las atribuciones conferidas de forma directa por el Texto Constitucional, según se desprende del dispositivo contenido en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no obstante la ausencia de desarrollo legislativo al respecto.

Asimismo, en el fallo n° 93 del 6 de febrero de 2001 (caso *Corpoturismo*), esta Sala determinó su potestad extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, de revisar las siguientes decisiones judiciales:

“(…) 1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.

2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional (…).”

Igualmente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 5 numeral 4, establece lo siguiente:

“Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:

...*omissis*...

4. Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación; asimismo podrá avocarse al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala”.

En este orden, esta Sala mediante sentencia del 8 de septiembre de 2004, (caso *Peter Hofle Szabo*), reiteró que tanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, señala las sentencias que pueden ser objeto de revisión. Asimismo, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, prevé dos (2) revisiones que atienden a supuestos diferentes, a saber, las que afectan los fallos de las distin-

tas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, la cual tiene lugar por las razones establecidas en el artículo 5 numeral 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela; y otra que atiende solamente a las sentencias firmes de amparo constitucional y de control difuso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, emanadas de cualquier Tribunal de la República, respecto a la aplicación de la Constitución o de los principios que la conforman, dispuesta en el artículo 5 numeral 16 *eiusdem*.

De igual modo, recientemente esta Sala mediante sentencia n° 325 del 30 de marzo de 2005, amplió el ámbito de control de la revisión constitucional establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al efecto dispuso:

“(…) En consonancia con lo antes expuesto, esta Sala advierte que en su función de intérprete suprema de la Constitución, concebida y dirigida a controlar la recta ampliación de los derechos y principios constitucionales y en aras de lograr la uniformidad de la jurisprudencia constitucional, debe ampliar el objeto de control mediante el supuesto de hecho de la revisión constitucional establecida en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a la violación de derechos constitucionales y no sólo a la vulneración de principios jurídicos fundamentales” (Negrillas del original).

En tal sentido, de conformidad con lo anteriormente expuesto, visto que la presente solicitud de revisión versa sobre una sentencia definitivamente firme dictada por la Sala de Casación Civil de este Máximo Tribunal, por presuntas violaciones a derechos y principios constitucionales, esta Sala resulta competente para conocer de la misma, y así se decide.

#### 4. *Acción de Amparo Constitucional*

##### A. *Órganos. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Electoral*

**CPCA (1238)**

**19-7-2005**

Juez Ponente: Rafael Ortiz-Ortiz

Caso: Reinaldo Campos Giral, Maria M. Blanco de Amaya y otros vs. Comisión Electoral Nacional del Instituto de Previsión Social del Odontólogo (I.P.S.O.).

Ahora bien, aplicando las anteriores consideraciones al caso de autos, y visto que la presente pretensión de amparo constitucional -se repite- tiene por objeto que se les permita a los querellantes su participación en el proceso electoral para la escogencia de los miembros de la Junta Directiva del Instituto de Previsión Social del Odontólogo, alegando como fundamento la presunta violación de derechos constitucionales, tales como el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la seguridad jurídica y el derecho de asociarse con fines lícitos, con ocasión de la celebración de un proceso comicial convocado para la elección de la Junta Directiva del referido Instituto. De modo que la controversia jurídica se centra en el ejercicio de derechos electorales en el marco de un proceso de elección de autoridades que ejercen potestades públicas como lo son las corporaciones gremiales. En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual le otorga a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia el ejercicio de la jurisdicción contencioso electoral, resulta competente la referida Sala en criterio de esta Corte, para conocer y decidir en primer grado de la presente pretensión de amparo constitucional, motivo por el cual declara su incompetencia y declina el conocimiento de la misma en la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

## B. Admisibilidad: Consentimiento expreso

CSCA (2919)

6-9-2005

Magistrado Ponente: Jesús David Rojas Hernández

Caso: Kelvin Gregorio Villaroel Villaroel vs. Inspectoría del Trabajo de Barcelona, Estado Anzoátegui.

**En los amparos que se interpongan contra la inejecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, el cómputo del lapso previsto en el artículo 6 numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se hará a partir de la fecha en que comience a producirse el hecho lesivo y no a partir de la última notificación del acto particular cuya ejecución se pide. De allí que el inicio del hecho lesivo, punto de partida para el cómputo en estudio, lo determinará el juez previo examen de las pruebas que se encuentren consignadas en el expediente.**

El artículo 6 numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece lo siguiente:

“(…) No se admitirá la acción de amparo:

4) Cuando la acción u omisión, el acto o la resolución que violen el derecho o la garantía constitucionales hayan sido consentidos expresa o tácitamente, por el agraviado, a menos que se trate de violaciones que infrinjan el orden público o las buenas costumbres.

Se entenderá que hay consentimiento expreso, cuando hubieren transcurrido los lapsos de prescripción establecidos en leyes especiales o en su defecto seis (6) meses después de la violación o la amenaza al derecho protegido.

El consentimiento tácito es aquel que entraña signos inequívocos de aceptación (…).”  
(Subrayado de esta Corte)

Sobre este numeral se ha precisado que, salvo que se trate de una lesión al orden público o a las buenas costumbres que sea de gravísima entidad, se entiende que el agraviado ha otorgado su “consentimiento” a la violación de sus derechos o garantías constitucionales, cuando transcurren seis (6) meses a partir del momento en que este se halle en conocimiento del acto, actuación u omisión que le afecta, sin que intente la correspondiente acción de tutela constitucional.

Ahora bien, a los fines de verificar si en el presente caso operó el consentimiento tácito que inhibe el ejercicio de la presente acción, esta Corte considera necesario referir la sentencia dictada en fecha 20 de mayo de 2004, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (caso *José Luis Rivas Rojas*), en la cual se declaró lo siguiente:

“Así las cosas, considera la Sala que mal pudo la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en la sentencia cuya revisión fue solicitada, con invocación a principios generales que informan la actividad administrativa pero que no pueden constituir una (*sic*) obstáculo para el goce y disfrute de los derechos y garantías que protege la vigente Constitución, negar el derecho de acceso a la jurisdicción del ciudadano José Luis Rivas Rojas, quien ya había obtenido en sede administrativa la protección de sus derechos laborales, mediante una aplicación incorrecta al caso concreto del supuesto de hecho previsto en el artículo 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ya que para efectuar el cómputo del lapso de caducidad de la acción de seis (6) meses que se encuentra en la referida norma legal, es imprescindible que el Juez constitucional haya precisado con exactitud, mediante el examen de los elementos probatorios que cursen en autos, a partir de qué fecha fue que comenzó a producirse la situación o circuns-

tancia lesiva de derechos constitucionales, sin que sea posible en casos de inexecución de actos particulares de la Administración no sujetos a un lapso de ejecución específico previsto con anterioridad en el ordenamiento -como ocurre con las providencias (*sic*) de las Inspectorías del Trabajo- computar de manera general el lapso de caducidad en sede de amparo a partir de la fecha de la última notificación del acto particular cuya ejecución se requiere, pues, se insiste, esa fecha no coincide necesariamente con la fecha en que pudo comenzar la negativa del patrono a acatar la providencia, que incluso puede ser difícil o imposible de establecer en el tiempo (...)” (Resaltado de esta Corte).

De la sentencia antes transcrita se desprende que, el cómputo del lapso previsto en el artículo 6 numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en los amparos que se interpongan contra la inexecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, se hará a partir de la fecha en que comience a producirse el hecho lesivo y no a partir de la última notificación del acto particular cuya ejecución se pide. De allí que el inicio del hecho lesivo, punto de partida para el cómputo en estudio lo determinará el juez previo examen de las pruebas que se encuentren consignadas en el expediente.

Ahora bien, este Órgano Jurisdiccional no evidencia la notificación de la Providencia Administrativa n° 001 de fecha 28 de julio de 2003, a la “Tasca Paraíso (Inversiones Jomarca 57, C.A)”, en consecuencia se considera la fecha del informe de inspección que riel en autos (folio 68), es decir, 12 de mayo de 2004, realizado por el abogado Richard Antoima Jefe de la Sala Laboral, de la Inspectoría del Trabajo en Barcelona, Estado Anzoátegui, debidamente designado para notificar a la referida empresa (folio 67) en el cual se anota que se trasladó a las instalaciones de la misma, donde fue informado por el Encargado de la referida Tasca que el dueño no se encontraba y que le dejó ordenes de no firmar ni recibir nada, como el momento en que la empresa presuntamente agravante quedo notificada de la Providencia Administrativa cuya ejecución se solicita.

En otro sentido se observa, que la ultima actuación del accionante se produjo en fecha 2 de junio de 2004 cuando éste solicitó el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio de multa (folio 46) en contra de la sociedad mercantil “Tasca Paraíso (Inversiones Comarca 57, C. A)”, en virtud de su negativa a cumplir con la referida Providencia Administrativa, con lo que demostró su inconformidad con la conducta contumaz de la empresa agravante, es así que esta Corte considera que si bien el hecho lesivo de los derechos constitucionales del accionante, comenzó a producirse a partir de la fecha de notificación, 12 de mayo de 2004, no se evidencia consentimiento en tal violación sino a partir del 02 de junio de 2004.

Por consiguiente, se concluye que desde el momento a partir del cual comenzó a producirse la situación o circunstancia lesiva de los derechos constitucionales de la parte accionante, es decir, el 2 de junio de 2004, hasta el 24 de noviembre de 2004, fecha de la interposición de la presente pretensión de amparo constitucional, no transcurrió el lapso de seis (6) meses consagrado en el artículo 6 numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se declara.

Con base a lo expuesto, esta Corte declara con lugar la apelación interpuesta en fecha en fecha 25 de julio de 2005 por el abogado de la parte actora, contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2005, dictada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental, mediante la cual declaró inadmisibile la pretensión de amparo constitucional interpuesta y, en consecuencia, revoca el fallo apelado. Así se decide.

## C. Objeto: Ejecución de actos administrativos

CPCA (1283)

21-9-2005

Juez Ponente: Oscar Enrique Piñate Espidel

Caso: Raúl Francisco Meza Sánchez vs. Inspectoría del Trabajo en el Estado Barinas.

**La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo analiza cuáles han sido los requisitos que se han establecido para que puedan ejecutarse por vía de amparo providencias administrativa emanadas de las Inspectoría del Trabajo.**

Del fallo parcialmente transcrito se infiere, entre otras cosas, que la pretensión de amparo se erige como mecanismo para lograr el cumplimiento de una Providencia Administrativa emanada de una Inspectoría del Trabajo.

Ahora bien, observa esta Corte que la solicitud de la parte actora iba dirigida a que se diera cumplimiento a la Providencia Administrativa n° 191-04, de fecha 8 de septiembre de 2003, por lo tanto el fallo debía ordenar el cumplimiento de lo establecido en dicho acto administrativo, sin embargo, el *A quo* declaró improcedente la presente acción de amparo, por cuanto, a su parecer, no se había vencido el lapso para que el patrono ejerciera el correspondiente recurso de nulidad.

Así las cosas, debe esta Corte entrar a conocer de la procedencia de la pretensión de amparo, por lo que en este sentido, se hace necesario revisar cuáles han sido los requisitos que ha establecido esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para que puedan ejecutarse por vía de amparo estos actos, a saber: i) Que exista una Providencia Administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo conociendo del procedimiento administrativo de reenganche; ii) Que la Providencia Administrativa haya sido debidamente notificada al empleador a los fines de su cumplimiento e impugnación; iii) Que no hayan sido suspendidos los efectos del acto cuya ejecución se solicita; y, iv) Que no sea evidente su inconstitucionalidad. (V., sentencia de esta Corte de fecha 21 de abril de 2005, caso *Helimenes Martínez*).

En cuanto a los requisitos antes señalados, debe advertirse las razones para su enumeración:

1.- Que exista una Providencia Administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo conociendo del procedimiento administrativo de reenganche.

Debe tratarse de una providencia administrativa que emane de la Inspectoría del Trabajo conociendo de un procedimiento sancionatorio de reenganche y pago de los salarios caídos.

2.- Que la providencia administrativa haya sido debidamente notificada al empleador a los fines de su cumplimiento e impugnación.

Es necesario que la providencia administrativa haya sido formal y materialmente notificada al empleador, pues mal puede plantearse un “incumplimiento” si, previamente, la Administración no cumple con su deber de llevar al empleador su mandato administrativo, evidenciándose de esta manera la contumacia del empleador. De esta circunstancia debe existir prueba en los autos, pues de lo contrario significa someter a un patrono a un procedimiento de amparo sin necesidad y sin interés lesionado.

Esta notificación es indispensable para la seguridad jurídica de los justiciables, pues, a partir de ese momento comienza a computarse los lapsos de caducidad de la pretensión nulificatoria y la caducidad de la pretensión de amparo constitucional de conformidad con el artículo 6.4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

3.- Que no hayan sido suspendidos los efectos del acto cuya ejecución se solicita.

Resulta obvio que si la providencia administrativa fue retirada en nulidad, ello no significa una causal de inadmisibilidad de la pretensión de amparo, pues permanece su validez y eficacia hasta tanto lo decida un tribunal. La mera interposición de una pretensión nulificatoria no suspende la eficacia del acto por lo cual queda incólume la obligatoriedad de su cumplimiento. Diferente es la situación cuando se ha solicitado y acordado la suspensión de sus efectos, pues, si bien la cautelar no afecta su validez sin embargo es una dispensa de cumplimiento en forma cautelar y mientras dure el procedimiento de nulidad.

4.- Que no sea evidente su inconstitucionalidad.

Debe esta Corte precisar que, si bien en el procedimiento de amparo constitucional no es el medio adecuado para verificar la "legalidad" del acto, sin embargo, como garante y tutor de las normas constitucionales, los órganos del contencioso administrativo (como todo juez de la República) están en el deber de garantizar la "integridad de la Constitución", de allí que el acto administrativo que se pretenda su cumplimiento debe soportar el "test de constitucionalidad", es decir, que no resulta franca y groseramente inconstitucional. Lo contrario sería aceptar que el juez está obligado "siempre" a ordenar el cumplimiento de un acto a pesar de que, en su conciencia y basado en un juicio objetivo, resulte francamente inconstitucional.

Requisitos éstos que en sentencia de esta Corte primera, n° AB412005000158 de fecha 21 de abril de 2005 (caso *Helimides Enrique Martínez vs. Estación de Servicio El Trapiche*) vinieron a ser completados con un cuarto (4°), el cual es, que la providencia administrativa cuya ejecución se pretende obtener por vía de amparo constitucional no sea franca y groseramente inconstitucional, sin que ello suponga o pueda ser interpretado como una revisión de la legalidad del acto o un pronunciamiento sobre el fondo del tema debatido, ya que el fundamento de la revisión encuentra explicación en la naturaleza misma de los derechos y libertades fundamentales ("...") como principios superiores al ordenamiento dotados de efectividad inmediata y preferente frente a todos los poderes públicos y, por supuestos, ante la Administración y ante los Tribunales ("...") (V., Eduardo García de Enterría/Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo 1, Civitas, año 1999, p. 620 y ss.); Libertades y Derechos Fundamentales, cuyos garantes son en primer lugar los jueces de la República.

Además de ello, cabe observar que la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 9 de julio de 2004, ha señalado "que para la impugnación del acto en sede contencioso administrativa es suficiente la firmeza del acto en sede administrativa a los efectos de su ejecución pues, de lo contrario, asumir que la sola interposición del recurso de anulación del acto administrativo condicionaría su ejecución, sería tanto como sostener la suspensión de los efectos del acto sin que medie norma jurídica que *ex lege possibilite* tal efecto o que se haga sin que se haya decretado medida cautelar alguna, lo cual contradice el carácter ejecutivo y ejecutorio de todo acto administrativo". (Resaltado de esta alzada).

D. *Sentencia. Consulta obligatoria*

**Véase:** Páginas 185-189.....*Revista de Derecho Público* n° 102.

**CSCA (2924)**

**12-7-2005**

Juez Ponente: Jesús Daniel Rojas

Caso: Richard Fernando Soscun vs. Asociación de Vecinos Colinas Quinta Altamira ASOGAL.

## IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

### 1. *Clases de funcionarios*

#### A. *Funcionarios de carrera. Derechos. Estabilidad*

**CSCA (02151)**

**26-7-2005**

Juez Ponente: Jesús David Rojas Hernández

Caso: Cristóbal José Restrepo Ramos vs. Consejo Nacional Electoral.

**Sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y la consecuente estabilidad del funcionario en el desempeño de su cargo, derecho que es exclusivo de los funcionarios de carrera de conformidad con el artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.**

Ello así, esta Corte observa que cursa al folio 33 del expediente administrativo copia certificada de la ficha de ingreso del ciudadano Cristóbal José Restrepo al Consejo Nacional Electoral adscrito a la Oficina de la Representación Política Proyecto Venezuela mediante una designación temporal.

Asimismo cursa al folio 34 en copia certificada comunicación dirigida y firmada por el ciudadano querellante donde se le indicó que le fue aprobada su designación temporal para ocupar el cargo de Asistente III adscrito a la Oficina de la Representación Política Proyecto Venezuela desde del 01 de mayo hasta el 30 de junio de 1999, tal designación para proveer un cargo por un período determinado está establecida en el párrafo único del artículo 8 de la Reforma del Estatuto de Personal del Organismo Electoral publicada en la *Gaceta Oficial* n° 32.599 de fecha 10 de noviembre de 1982, cuyo texto es el siguiente:

“(...)

Parágrafo Único: El personal transitorio, designado para un periodo determinado o para cargos eventuales generalmente durante el año en que se celebren las elecciones, no estará sujeto al régimen de estabilidad”.

Ciertamente, no podrá gozar de estabilidad aquellos funcionarios que fueron designados para un cargo eventual en el año de la realización de elecciones, pues se estaría desvirtuando la propia naturaleza del funcionario de carrera, esto es, el ejercicio de un cargo de la carrera administrativa de manera permanente en beneficio de un ente público, cuyo ingreso deberá realizarse a través de ciertos requisitos establecidos en la ley, y hoy en día en la Constitución de 1999.

Establece el artículo 74 del Reglamento Interno del otrora Consejo Supremo Electoral publicado en la *Gaceta Oficial* n° 33.702 de fecha 22 de abril de 1987, lo siguiente:

“Toda persona que ingrese a prestar servicio al Consejo Supremo Electoral durante un año de celebración de elecciones, a excepción de los miembros y de quienes sean nombrados en cargos de libre nombramiento, ingresan por un tiempo limitado que no debe ser superior a aquél que transcurra hasta el vencimiento del cuadragésimo quinto día continuo siguiente a la fecha de celebración de las elecciones” (Resaltado de la Corte).

En el presente caso, analizadas las actas que conforman el presente expediente se observa que el ciudadano Cristóbal José Restrepo ingresó al Consejo Nacional Electoral el 1° de mayo de 1999 -tal como se indicó *ut supra*- año en el que el referido organismo electoral llevó a cabo un proceso electoral para la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que se prolongó hasta el año 2000 por la celebración de las elecciones de gobernadores y alcaldes, mejor conocida como las “Megas Elecciones”, lo que colocaba al recurrente en la situación especial señalada en los artículos transcritos.

No obstante que la designación tenía una vigencia hasta el 30 de junio de 1999, el ciudadano Cristóbal José Restrepo permaneció en el organismo electoral y continuó prestando sus servicios hasta el 31 de diciembre de 1999, tal como se desprende de la copia simple de la forma “Indemnización de Prestaciones Sociales” que riela al folio 12.

Ahora bien, visto que la permanencia en el cargo era eventual, sujeta a la culminación de los cuarenta y cinco (45) días -a que se refiere la norma- después de efectuadas las elecciones, se observa que la Administración realizó gestiones para ingresar al referido ciudadano al Consejo Nacional Electoral, asimismo riela a los folios 38 y 39 en copias simples el “Punto de Cuenta n° 940-99” de fecha 15 y 11 de noviembre de 1999, respectivamente, emanados del Director General de Personal y dirigido al Presidente del Consejo Nacional Electoral, a los fines de someter a su consideración la solicitud de ingreso del recurrente, tales reproducciones fotostáticas no fueron impugnadas por la parte querellante, por lo que se tendrá como fidedigna las mismas.

No obstante los trámites que la Dirección de Personal venía gestionando, no se desprende que dicho ingreso haya sido aprobado, por lo que se puede inferir que el referido ciudadano continuó sus labores en el cargo de Asistente III adscrito a la Oficina de una representación política de conformidad con la norma trascrita (ejerciendo funciones en un cargo temporal).

Precisado que el ciudadano Cristóbal José Restrepo ejercía funciones en un cargo temporal hasta el 31 de diciembre de 1999, es necesario analizar si la continuación en la prestación de servicio en el organismo electoral una vez en vigencia la Constitución de 1999 lo hizo acreedor de la categoría funcionario de carrera. Ello así es relevante y fundamental acudir al artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo texto es el siguiente:

“(…)

El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia.

(…)”

De lo anterior se desprende palmariamente que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra expresamente el ingreso a la carrera administrativa a través de concurso público, por lo que no podría el aspirante ingresar a la Administración Pública como funcionario de carrera a través de designaciones o contrataciones que obvian el mecanismo de selección objetivo que invoca la norma constitucional, es decir, sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y la consecuente estabilidad del funcionario en el desempeño de su cargo, derecho que es exclusivo de los funcionarios de carrera de conformidad con el artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Sobre este particular la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la sentencia n° 902 de fecha 27 de marzo de 2003 recaída en el caso Diana Margarita Rosas Arellano contra Alcaldía del Municipio Torres del Estado Lara se pronunció de la siguiente manera:

“Ello así, siendo que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé el ingreso a la Administración Pública mediante la realización de un concurso público, pormenorizadamente desarrollado en la Ley del Estatuto de la Función Pública, no pueden los órganos administrativos ni jurisdiccionales otorgar, a aquellos funcionarios que sean designados o presten sus servicios de manera irregular, bien como funcionarios de hecho o contratados, la cualidad o el “status” de funcionarios de carrera, tal y como ha venido sosteniendo a lo largo de estos años la doctrina y la jurisprudencia venezolana.

Siendo ello así, debe esta Corte, en asunción del presente criterio antes desarrollado, ordenar a la Administración, es decir, al Vice-Ministerio de Planificación y Desarrollo Institucional, se abstenga de realizar designaciones y nombramientos sin el cumplimiento de las formalidades establecidas en la Constitución y en la Ley del Estatuto de la Función Pública. Igualmente debe abstenerse de otorgar certificados que acrediten la titularidad de funcionario de carrera.

No obstante, quiere esta Corte aclarar, que todos aquellos funcionarios que hayan ingresado a la Administración mediante nombramiento, sin efectuar el concurso a que hace alusión la Constitución y la Ley, o que estén prestando servicios en calidad de contratados en cargos de carrera, tendrán derecho a percibir los beneficios económicos de su efectiva prestación de servicios, en las mismas condiciones que los funcionarios que hayan sido designados mediante concurso público, es decir, a la remuneración correspondiente al cargo desempeñado, así como el pago de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, pero en lo que atañe a su estabilidad y a los derechos derivados de ésta, no pueden asimilarse a un funcionario de derecho, en directa aplicación de lo preceptuado en las normas constitucionales y legales antes indicadas, y así se decide”.

De lo antes expuesto se puede concluir que para seleccionar a los funcionarios o empleados públicos de carrera administrativa, la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal debe emitir un acto administrativo de nombramiento el cual debe ser dictado luego de tramitado el procedimiento administrativo constituido por el concurso, requisito que ha sido establecido en los instrumentos normativos (leyes, ordenanzas, reglamentos, etc.) a lo largo de los años, pero que hoy en día ha sido constitucionalizado.

Ello así este órgano jurisdiccional constata que el Estatuto Interno del Consejo Nacional Electoral aplicable al caso de autos establece en los artículos 19 y 20 lo siguiente:

“Artículo 19.-La selección del personal, a los efectos de su ingreso al Consejo, deberá efectuarse por concursos o exámenes mediante evaluación de la aptitud, conocimientos y destreza para el desempeño de los cargos respectivos. La calificación de los concursantes o examinadores corresponde a la Dirección General de Personal y a los funcionarios designados al efecto por el Presidente del Consejo”.

“Artículo 20.-Para ingresar al Consejo Supremo Electoral se requiere:

1° Ser Venezolano.

2° Observar buena conducta.

3° Estar en pleno goce de sus derechos políticos.

4° No estar sujeto a interdicción civil.

5° Aprobar el examen de aptitud y llenar los requisitos mínimos correspondientes al cargo respectivo” (Resaltado de esta Corte).

En el caso de marras, del expediente judicial se desprende 1) que el ciudadano Cristóbal Restrepo no sólo ingresó a prestar sus servicios en el Consejo Nacional Electoral en una designación temporal sino que continuó prestando sus servicios una vez vigente la Constitución sin cumplir con los requisitos anteriormente señalados, y 2) no consta a los autos prueba

alguna que demuestre que el ciudadano Cristóbal José Restrepo haya ingresado como funcionario de carrera en otro organismo, condición jurídica que no se pierde salvo que el funcionario sea destituido (artículo 44 de la Ley del Estatuto de la Función Pública)

En tal virtud, el ingreso del ciudadano Cristóbal José Restrepo al Consejo Nacional Electoral se produjo en un cargo temporal excluido expresamente de la estabilidad por el artículo 8 del Estatuto de Personal del Consejo Supremo Electoral, relación que finalizó con el pago de las prestaciones sociales, tal como se aprecia del folio 12 de la pieza administrativa de la presente causa.

Ahora bien, esta Corte debe precisar que el referido ciudadano continuó prestando sus servicios luego de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin que se hubiese regularizado su permanencia en el ente electoral a través de la participación en un concurso público que le permitiese adquirir la condición de funcionario de carrera, condición que nunca ha ostentado de acuerdo a las pruebas que rielan en autos, y en consecuencia carece del derecho a la estabilidad.

Dadas las consideraciones anteriores, esto es su exclusión del régimen de estabilidad, la Administración podía prescindir discrecionalmente de sus servicios sin la necesidad de un procedimiento administrativo previo, es decir, podía el Consejo Nacional Electoral retirar al referido ciudadano de la Administración Pública en cualquier oportunidad, con la única limitación establecida en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Razón por la cual el acto impugnado en el presente recurso demuestra la voluntad del Presidente del Consejo Nacional Electoral de retirar al querellante de la Administración, y que a criterio de esta Corte es perfectamente realizable en virtud que el ciudadano Cristóbal José Restrepo no es funcionario de carrera administrativa. Así se decide.

En virtud de lo antes expuesto esta Corte declara Con Lugar la apelación interpuesta por la abogada Dahiana García, en su condición de apoderada judicial del Consejo Nacional Electoral contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2004 que declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto por los apoderados judiciales del ciudadano Cristóbal José Restrepo contra el referido organismo, en consecuencia revoca la sentencia dictada y declara sin lugar la presente acción. Así se decide.

*B. Funcionarios de libre nombramiento y remoción: Cargos de alto nivel y de confianza*

**TSJ-SPA (5266)**

**3-8-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Sol E. Arias F. vs. Ministerio de Interior y Justicia y Presidencia de la República.

Asimismo, señaló que se violenta el principio de irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 44 de la Constitución de 1961, por cuanto el acto de remoción se fundamentó en el Decreto n° 120, de fecha 5 de abril de 1989, mientras que el nombramiento ocurrió el 9 de junio de 1986.

Atendiendo al ámbito temporal donde se genera la controversia cabe aludir a la previsión contenida en el artículo 44 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, la cual consagraba el principio que ocupa a esta Sala en términos y propósito casi idénticos al dispositivo vigente, incluido en el texto fundamental de 1999. Luego, permanece inmutable la intención del Constituyente respecto a tal garantía al ordenar que ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena; también es invariable el pacífico criterio sentado por la doctrina autorizada en la materia y la jurisprudencia

nacional en torno a la retroactividad, conforme a las cuales ésta significa, resumidamente, la aplicación de una ley dirigida al pasado, supuesto que para el texto constitucional y las leyes resulta, a todas luces, improcedente, abstracción hecha de expresas excepciones.

El alcance de esta figura ha sido delineado en varias ocasiones por la jurisprudencia y doctrina de nuestro país, mediante el análisis de las diversas situaciones que pudieran dar lugar a una aplicación retroactiva de la ley. Específicamente, el autor venezolano Joaquín Sánchez-Covisa, ha expresado citando a Roubier que “*La ley tendrá efectos retroactivos - según Roubier- cuando se aplique a hechos consumados (facta praeterita) o a situaciones en curso (facta pendencia) en la parte que es anterior al cambio de legislación mas no tendrá efecto retroactivo sino inmediato, cuando se aplique a hechos futuros (facta futura) o a situaciones en curso (facta pendencia) en la parte que es posterior al cambio de legislación*”. (Citado por Joaquín Sánchez-Covisa en *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, p. 234).

Respecto al presente caso, debe indicar la Sala que la aplicación inmediata del Decreto que califica los cargos de Registrador y Notario, no implica vulneración al principio o garantía de irretroactividad, sino el modo normal de aplicación de una norma desde su entrada en vigencia. Por tanto, el argumento de la recurrente, no se compadece con un supuesto de aplicación retroactiva de la ley, la cual supone la aplicación de una norma a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia; por el contrario, en el presente caso, por mandato de una norma, se produjo un acto administrativo basado en la calificación del cargo desempeñado por la actora, lo cual corresponde a una situación determinada por el ordenamiento jurídico vigente para el momento.

Debe indicarse que el acto de remoción de la recurrente fue dictado posteriormente a la emisión del Decreto n° 120 del 5 de abril de 1989, el cual, una vez que entró en vigencia, resultaba aplicable para todos los funcionarios que estuviesen ocupando los cargos allí señalados. Por ello, el hecho de que la impugnante ejerciera el cargo antes de la entrada en vigencia del referido Decreto, no impide que éste se le aplique. En tal virtud, resulta improcedente al alegato de violación al principio o garantía de irretroactividad. Así se decide.

En cuanto a los Decretos n° 120 y 173, dictados por el Presidente de la República, la recurrente señaló que los mismos son inconstitucionales debido a que se configura el vicio de usurpación de funciones, es decir, existe una invasión en la esfera de las funciones del Poder Legislativo Nacional por parte del Poder Ejecutivo Nacional. Al respecto, expresó que “... la actividad notarial o registral, corresponde por mandato expreso del precitado artículo 136 ordinal 24° (*sic*) de nuestra Constitución, al Poder Legislativo. En consecuencia, no puede el Ejecutivo atribuirse por sí mismo y a *motu proprio*, una función reservada al Legislativo, y vulnerar con ello o solo (*sic*) dicho dispositivo Constitucional, sino también los derechos subjetivos creados a favor de particulares en base a procedimientos establecidos por la Ley. Esto es, el Ejecutivo en base al citado artículo 4 ordinal 3° de la Ley de Carrera Administrativa, puede declarar de libre nombramiento y remoción a los funcionarios públicos en general que no tengan un especial régimen legal, más no puede calificar como tales a los Notarios y Registradores Públicos, y menos mediante decreto aprobado en Consejo de Ministros”.

Con relación a este alegato, debe indicarse que el artículo 136, numeral 24, de la Constitución de 1961, vigente para el momento en que se dictaron los Decretos impugnados, (hoy, artículo 156, numeral 32 de la Constitución de 1999), disponía que es competencia del Poder Legislativo Nacional, lo relativo a la legislación en materia de notarías y registro público. Ello implica toda la regulación de esta especial materia, es decir, su organización y funcionamiento, las atribuciones de los Registradores y Notarios, las formalidades para el registro, etc.

Ahora bien, mediante el Decreto n° 120 de fecha 5 de abril de 1989, objeto de impugnación, el entonces Presidente de la República en Consejo de Ministros decretó:

*“En ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley de Carrera Administrativa, en Consejo de Ministros,*

**CONSIDERANDO**

*Que los Registradores Públicos, Principales y Subalternos, los registradores Mercantiles y los Notarios Públicos, ejercen funciones dirigidas al otorgamiento de certeza a los actos a los cuales la ley somete a sus requisitos;*

**CONSIDERANDO**

*Que el control sobre las actuaciones de los mencionados funcionarios exige de las autoridades que ejercen la correspondiente jerarquía o tutela administrativa, la aplicación de medidas que permitan garantizar a la comunidad seguridad jurídica a que están destinados tales servicios.*

**DECRETA:**

*Artículo Único: A los efectos del ordinal 3° del artículo 4 de la Ley de Carrera Administrativa, se declaran de alto nivel los cargos de Registrador Principal, Registrador Subalterno, Registrador Mercantil y Notario Público”.*

Por lo que considera esta Sala que el Decreto impugnado en modo alguno vulnera la reserva legal, ya que no regula el régimen de funcionamiento de los Registros y Notarías, sino que se limita a declarar de alto nivel los cargos de estos funcionarios, en ejercicio de potestades que le confería la entonces vigente Ley de Carrera Administrativa al Presidente de la República en Consejo de Ministros. En efecto, dicha Ley disponía:

*“Artículo 4: “Se consideran funcionarios de libre nombramiento y remoción, los siguientes:*

*...(omissis)...*

*3°. Los funcionarios públicos que ocupen cargos de alto nivel o de confianza en la Administración Pública Nacional y que por índole de sus funciones, el Presidente de la República, mediante Decreto, excluya de la carrera administrativa, previa aprobación por el Consejo de Ministros”.*

*Artículo 6. “La competencia en todo lo relativo a la función pública y a la administración de personal en la Administración Pública Nacional se ejercerá por:*

*1° El Presidente de la República;*

*2° Los Ministros del Despacho; ...”.*

En consecuencia, el citado Decreto n° 120 de fecha 5 de abril de 1989, fue dictado por el entonces Presidente de la República en Consejo de Ministros, con base en el numeral 3 del artículo 4 de la derogada Ley de Carrera Administrativa (vigente para el momento de dictarse el acto), para excluir de la carrera administrativa a funcionarios que ocuparan cargos de alto nivel o de confianza, atendiendo a los intereses superiores de la Administración.

Por tanto, considera la Sala que en este caso tampoco se verificó el vicio de usurpación de funciones, por cuanto dicho acto no afecta el funcionamiento o marco jurídico de los Registros Públicos o Notarías, sólo se refiere a la relación de empleo público de sus titulares y fue dictado con base a normas que atribuían al Presidente como al Ministro, la competencia para dictarlos. Así se decide.

Igual razonamiento debe formularse en relación al Decreto n° 173, con respecto al cual, la accionante denuncia la violación del artículo 136, ordinal 24 de la Constitución de 1961 (hoy, artículo 156, numeral 32 de la Constitución de 1999). En efecto, con este Decreto se crea la comisión para estudiar los procedimientos de selección más convenientes para la

provisión de los cargos de Registrador y Notaría Pública con el fin de plasmarlos en un Decreto. Plantea la recurrente que el Ejecutivo no puede designar esa Comisión que elaborará el pretendido proyecto, delegando en dicha Comisión facultades o atribuciones que no tiene y que son indelegables por formar parte de la reserva legal consagrada en el artículo 136 ordinal 24 de la Constitución de 1961.

Al respecto, señala la Sala que en este caso, en el Decreto citado, en modo alguno se reguló el funcionamiento de los Registros y Notarías, materia de la reserva legal, sino que el objeto del mismo, fue el de crear una Comisión para estudiar los procedimientos más convenientes para la selección de estos funcionarios, los cuales, por la dinámica y organización administrativa son considerados como de alto nivel y por consiguiente, de libre nombramiento y remoción, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la derogada Ley de Carrera Administrativa. Por tanto, no hubo quebrantamiento a lo dispuesto en el artículo 136, numeral 24 de la Constitución de 1961 y así se decide.

2. *Responsabilidades: Responsabilidad disciplinaria*

**TSJ-SC (5145)**

**21-7-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Héctor Rafael Ramírez Pérez vs. Ministerio de la Defensa.

**La apertura de una averiguación administrativa a un militar en servicio activo para determinar responsabilidades disciplinarias es autónoma frente a cualquier otra averiguación que haya sido o esté siendo procesada por los órganos judiciales.**

Otro de los argumentos sostenidos por los apoderados del actor, es el relativo a la presunta violación del principio *non bis in idem* o *ne bis in idem*, al considerar que los hechos sometidos a la consideración del Consejo de Investigación fueron los mismos de los cuales conoció la Sala Plena de este máximo Tribunal. Al respecto, esta Sala observa:

El ordinal 7º del artículo 49 de la Carta Máxima señala que:

*“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia:*

*(omnibus)*

*7º Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.*

*(...)”*

Por su parte, el artículo 15 del Código Orgánico de Justicia Militar establece:

*“Por un solo delito no se seguirán diferentes procesos, aunque los reos sean diversos; y tampoco se seguirán al mismo tiempo diversos juicios contra una persona por varios hechos punibles que haya cometido.*

*Si alguna de las infracciones correspondiere a jurisdicción distinta de la militar, se procederá conforme a lo que dispongan las leyes ordinarias o las especiales aplicables”*

Ciertamente, constituiría una actividad contraria a derecho someter a una persona a diferentes causas de **idéntica naturaleza** por un mismo delito o falta. Sin embargo, no es ésta la situación que se desprende de autos, por cuanto el recurrente, dada su condición de militar en servicio activo está sometido, **en cuanto al ámbito disciplinario**, a normativas especiales que regulan su desenvolvimiento profesional. En tal virtud, la apertura de una averiguación administrativa **para determinar responsabilidades disciplinarias es autónoma** frente a cualquier otra averiguación que haya sido o esté siendo procesada por los órganos judiciales.

En este caso, tratándose de un militar activo, independientemente de la causa que haya cursado ante la Sala Plena de este Máximo Tribunal y la decisión que haya recaído en ella, el recurrente perfectamente podía, como en efecto fue, ser sometido a un procedimiento administrativo de carácter disciplinario, para determinar si estaba o no incurso por sus actos en **responsabilidades de esa naturaleza, es decir, disciplinarias**. Así, ese procedimiento y la responsabilidad que como consecuencia del mismo puede ser declarada, resulta ser absolutamente independiente de la declaratoria de responsabilidad, de absolución, o de sobreseimiento, que se haya efectuado a propósito de un proceso seguido ante los órganos judiciales, aun cuando los hechos que hubieren dado lugar a ambos procedimientos fuesen en esencia los mismos.

Así, en virtud de la independencia de ambas investigaciones, la actuación del Consejo Disciplinario para conocer de las faltas disciplinarias ya identificadas, se encuentra ajustada a derecho y en consecuencia, se desecha la violación denunciada relativa al principio de *non bis in idem* o *ne bis in idem*. Así se declara.

## Comentario Jurisprudencial

### CURSO LEGAL Y CURSO FORZOSO DEL BOLÍVAR Y PAGO DE OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA (COMENTARIOS AL VOTO SALVADO DEL FALLO N° 795 DE 10-05-2005, DICTADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL T.S.J.)

Carlos Urdaneta Sandoval\*

**Resumen:** *El punto central de nuestro análisis lo constituye el voto salvado del Magistrado F. Carrasquero a la sentencia n° 795 de la Sala Constitucional de 10-05-2005, mediante el cual se trata de limitar, por vía de una interpretación restrictiva de los conceptos moneda de curso legal y de una interpretación tergiversada del concepto moneda de curso forzoso así como de las potestades del Banco Central de Venezuela en materia de regulación de la política monetaria, la posibilidad del pago de obligaciones en moneda extranjera en el Derecho venezolano, lo que lleva a conclusiones inapropiadas, no apegadas a las reglas generales de nuestro sistema jurídico.*

#### I. ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCESO EN INSTANCIA Y LA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN SOCIAL

La parte actora Frederick Plata el 25 de marzo de 1998 intentó demanda en contra de la sociedad mercantil C.A. General Motors Venezolana por diferencia de cobro de prestaciones sociales reclamando la cantidad de un millón cuatrocientos treinta y cuatro mil ciento ochenta con ocho céntimos de dólares americanos (US \$ 1.434.180,08) equivalentes a setecientos cuarenta y ocho millones seiscientos cuarenta y dos mil bolívares con cuarenta y ocho céntimos (Bs. 748.642.000,48) ante el Juzgado Noveno de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que el 13 de agosto de 2002 declaró con lugar la demanda que intentó el trabajador y condenó a la demandada al pago de las costas procesales.

Interpuesta apelación, el Tribunal Superior Primero para el Régimen Procesal Transitorio del Trabajo del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas sentencia el 17 de diciembre de 2003 que *“una vez sustanciado este proceso, previa audiencia pública y oral, se publicó sentencia definitiva declarando parcialmente con lugar tanto el derecho procesal de apelación ejercido como la demanda”*.

---

\* La Universidad del Zulia, Abogado, Doctor en Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil. Universidad Católica “Andrés Bello”, Especialista en Derecho Administrativo. Universidad Central de Venezuela, Cursante del Doctorado en Ciencias, mención Derecho. Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2003-2004, laureado con Mención de Honor. Premio Estímulo “Dr. Leopoldo Sánchez” a la mejor Tesis Doctoral, Ganador del año 2001. “Premio de Actividades Científicas Dr. Orangel Rodríguez”, Ganador del año 1993. Autor del libro, *Las medidas cautelares y provisionales en el Derecho administrativo formal venezolano. Con especial referencia al régimen sancionador de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Funeda, Caracas, 2005, p. 416, y de numerosos estudios difundidos en revistas jurídicas especializadas y arbitradas, así como en Libros editados por el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público. Ejercicio libre de su profesión de Abogado. Dirección electrónica: [urdanet2001@yahoo.es](mailto:urdanet2001@yahoo.es)

La Sala de Casación Social en sentencia de 26 de abril de 2004 casó sin reenvío la sentencia que dictó el 17 de diciembre de 2003 el Tribunal Superior Primero para el Régimen Procesal Transitorio del Trabajo del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas y declaró improcedente el pedimento de acordar la corrección monetaria sobre las cantidades de dinero condenadas a pagar, confirmando en todas sus partes la sentencia antes referida, a excepción, del numeral quinto del dispositivo de la decisión impugnada, relativo a la corrección monetaria ordenada, el cual se dejó sin efecto en el juicio primigenio que por cobro de prestaciones sociales intentó el ciudadano Frederick Plata contra la sociedad mercantil C.A. General Motors Venezolana, quien había denunciado que, respecto de una relación de trabajo ejecutada en dos países distintos pero que fue pactada en Venezuela -por lo que se encuentra regulada por las leyes del país, según el propio Tribunal-, la mencionada decisión incurrió en flagrante violación de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, a la defensa y al debido proceso consagrados en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El sentenciador en la sentencia recurrida respecto a las denuncias de violación de una máxima de experiencia, así como la ilogicidad en la motivación, señaló que:

De lo anterior observa la Sala que los recurrentes denuncian dos vicios distintos, contemplados incluso en numerales distintos del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, con una única fundamentación, lo que constituye una deficiencia técnica grave. Sin embargo de la lectura de la delación se desprende que lo denunciado verdaderamente es la violación de una máxima de experiencia, y de este modo pasa la Sala a decidir. Fundamentan su denuncia los formalizantes expresando que la recurrida infringió una máxima de experiencia, puesto que el juzgador ordenó la corrección monetaria de una moneda distinta al bolívar, tomando en consideración los índices de precios al consumidor publicados por el Banco Central de Venezuela, índices correspondientes al Área Metropolitana de Caracas, cuya moneda de curso legal es el bolívar. Respecto a la corrección monetaria, dispone la sentencia recurrida lo siguiente (...*omissis*...) Ahora bien, ha sido doctrina imperante de este alto Tribunal el señalar que el trabajador tiene el derecho irrenunciable a la prestación no disminuida por la depreciación cambiaria. En este sentido, en fecha 14 de marzo de 1993, la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. Rafael Alfonso Guzmán, estableció la corrección monetaria judicial, al señalar que el retardo en el cumplimiento oportuno de la obligación de cancelarle al trabajador las prestaciones sociales y, en general, todos aquellos conceptos de análoga naturaleza legal exigibles a la extinción del vínculo laboral, representa para el deudor moroso en época de inflación y de pérdida del valor real de la moneda, una ventaja que la razón y la moral rechazan, tanto más, cuando como en casos del trabajo subordinado, la vida, la salud y el bienestar del sujeto titular de la acreencia, es decir, el trabajador, dependen inmediatamente del tempestivo cumplimiento por el patrono de la prestación legalmente debida. Corregir los efectos de la mora del patrono, en el pago puntual de las prestaciones sociales y otros conceptos debidos al trabajador a la terminación del respectivo contrato individual, fue el propósito jurídico del fallo en referencia. Impedir que la duración del proceso judicial en períodos de depreciación monetaria se trocara en ventaja del empleador remiso, fue el propósito moral del fallo comentado. Asimismo, estima esta Sala pertinente señalar que el método llamado indexación judicial, tiene su función en el deber de restablecer la lesión que realmente sufre el valor adquisitivo de los salarios y prestaciones del trabajador por la contingencia inflacionaria, y ciertamente, como se ha expresado en numerosos fallos, siendo la inflación un hecho notorio, el efecto que produce sobre el valor adquisitivo de la moneda es un hecho que puede inferir el Juez mediante la aplicación de una máxima de experiencia. Ahora bien, el bolívar ha estado sujeto a un gran proceso inflacionario, no así el dólar estadounidense, moneda con la que fueron calculados los conceptos ordenados a pagar en el fallo recurrido, de manera que al considerar el juzgador que tal moneda ha perdido valor adquisitivo, está infringiendo una máxima de experiencia, como lo afirman los formalizantes, y en virtud de ello esta Sala declara la procedencia de la denuncia analizada.

## II. LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y EN ESPECIAL EL VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO FRANCISCO CARRASQUERO

Interpuesto recurso de revisión por ante la Sala Constitucional, por virtud de sentencia n° 795 de 10 de mayo de 2005, se decidió que la decisión cuya revisión se solicitó no contraría en modo alguno la jurisprudencia de dicha Sala Constitucional, por cuanto no se evidenció que exista un grotesco error de interpretación de alguna norma constitucional que permita definir que se sostuvo un criterio contrario a la jurisprudencia previamente establecida. A su vez que no se manifestó en el fallo recurrido, violación de preceptos constitucionales, por lo que decidió que debe declarar no ha lugar a tal solicitud de revisión.

Pero a dicho fallo se le presentaron tres votos salvados de los Magistrados Francisco Carrasqueño López, Jesús Eduardo Cabrera Romero<sup>1</sup> y Arcadio Delgado Rosales<sup>2</sup>, respectivamente.

---

<sup>1</sup>. En su voto salvado, el Vice-Presidente de la Sala Constitucional considera que el número quinto de la sentencia recurrida ordenaba una corrección monetaria y una experticia complementaria a ese respecto, pero quedó sin efecto, ya que si no el fallo recurrido sería irrito por inconstitucional. La corrección monetaria, según opinión del Magistrado disidente, tiene lugar cuando se ha de pagar una suma en moneda extranjera, y se determina el cambio en bolívares.

Pero sostiene que es contrario a los postulados constitucionales de los artículos 2 y 26 de nuestra Carta Fundamental, y por ello injusto, inidóneo, antiequitativo e incomprensible que el dispositivo quinto ordene un cálculo en bolívares, fundado en los índices de precio al consumidor, y que luego de ese cálculo, que indubitablemente tomó en cuenta la tasa inflacionaria y donde ya *per se* incidió el dólar pues influye el tipo de cambio del bolívar con relación al dólar, se ordene que la suma en bolívares se convierte en dólares, sin haber determinado previamente cuál era el monto de los dólares que deberían ser corregidos.

Consecuencia de lo anterior es que, según este voto salvado, el número quinto necesariamente sería anulado, como en efecto ocurrió, más no así el número sexto del dispositivo de la recurrida.

Ahora bien, el sexto reza: "La cantidad que resulte condenada a pagar por la demanda por los conceptos señalados en el dispositivo en moneda norteamericana, se cancelará con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar y fecha del pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela".

Considera el Magistrado disidente que para que tal conversión pueda efectuarse es necesario que se realice una experticia complementaria del fallo, la cual tiene que ser ordenada en el cuerpo de la sentencia y, en efecto, ella aparecía en el dispositivo quinto del fallo recurrido en casación. Pero al anularse ese número quinto, se anuló la experticia complementaria, y el fallo se hizo parcialmente inejecutable, violando así el principio de la justicia efectiva, ya que muchos de los rubros condenados en el punto cuarto del dispositivo no se podrán calcular.

Además, observa este disidente que el fallo de la Casación Social al hacer suyo -y reproducir- la recurrida, permitió la sustitución del juez (y de la función jurisdiccional) por otra persona: un experto contable, que será quien determine el salario.

Es nuestro parecer que, aparte de que se está de acuerdo con la argumentación lógica esgrimida por el Magistrado Cabrera en cuanto a la necesidad de la experticia complementaria del fallo anulada en el punto quinto anulado para llevar a cabo la conversión de las cantidades en dólares americanos a bolívares del punto sexto, lo que hace a la sentencia inejecutable; debemos aclarar que la corrección monetaria propiamente dicha va dirigida a ajustar en los valores nominales de las obligaciones pecuniarias pero conservando el mismo símbolo monetario, o sea, conservando la misma moneda de curso legal. Con dicho mecanismo se obliga a incrementar, en casos de inflación, los valores de las obligaciones pecuniarias de manera que éstas se reajusten en base a las tasas de inflación oficialmente reconocidas por el Estado. El otro tipo de corrección monetaria es la desmonetarización que consiste en el cambio que realiza un estado de su moneda de curso legal. Cf. J. O. Rodner, *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Editorial Arte, Caracas, 1995, pp. 292 y 290.

Por lo tanto, lo que trata de explicar el Magistrado Cabrera es la conversión de una obligación prevista en moneda extranjera a la moneda de curso legal, vale decir, a bolívares, lo que puede aparejar indirectamente un actualización de la deuda si en el período correspondiente se ha devaluado la moneda de curso legal, mas no necesariamente una corrección monetaria pues la misma se produce conservando el mismo símbolo monetario.

<sup>2</sup>. En su *voto salvado* el Magistrado Delgado Rosales estima:

En cuanto al voto salvado del Magistrado Francisco Carrasquero López, su contenido es del tenor que sigue:

Quien suscribe Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, manifiesta su disconformidad con la decisión que contiene el presente fallo y, a continuación, expone su voto salvado, en los siguientes términos:

La sentencia objeto de la presente solicitud de revisión constitucional casó sin reenvió un fallo en el cual se acordó la corrección monetaria sobre las cantidades de dinero condenadas a pagar, expresadas en divisas; circunstancia que, a juicio de quien suscribe, puede constituir un grave precedente que, de ser seguido por otros órganos jurisdiccionales, puede llegar a subvertir el orden económico consagrado en el Texto Fundamental. Por ello, esta Sala debió proceder a revisar, de oficio, la decisión dictada, el 26 de abril de 2004, por la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto, de la transcripción de la sentencia casada por la Sala de Casación Social mediante el fallo objeto de la presente solicitud de revisión, se evidencia que, respecto a la corrección monetaria, el Tribunal Primero Superior para el Régimen procesal Transitorio del Trabajo del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas dispuso lo siguiente:

‘...**QUINTO:** SE ORDENA la corrección monetaria, -la cual será pagada en dólares dado que en el convenio entre las partes, dicha moneda fue estipulada como moneda de pago- sobre las cantidades que resulten a favor del accionante, para lo cual se ordena practicar una Experticia Complementaria del Fallo, por un solo Experto, cuyos honorarios correrán por cuenta de la demandada, para que con vista de los índices de precios al consumidor publicados por el Banco Central de Venezuela, determine el monto a pagar tomando en cuenta para ello el lapso comprendido desde la fecha de admisión de la demanda, 25 de marzo de 1998, hasta su definitiva cancelación. Así mismo, dicho Experto deberá realizar la experticia para determinar el salario base y el quantum del Preaviso, así como de la prestación de antigüedad, los intereses sobre dicha prestación de antigüedad y la suma correspondiente a los días de retardo en el pago de las prestaciones sociales del accionante, todos antes discriminados. **SEXTO:** La cantidad que resulte condenada a pagar por la demandada por los conceptos señalados en este dispositivo en moneda norteamericana, se cancelará con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de fecha de pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela’.

Quien suscribe observa que los términos utilizados en el dispositivo del fallo transcrito presentan una grave incongruencia al ordenar la corrección monetaria sobre las cantidades condenadas y expresar que las mismas serán pagada en dólares dado que en el convenio entre las partes, dicha moneda fue estipulada como moneda de pago; y, adicionalmente, ordenar que la cantidad condenada a pagar por los conceptos expresados en moneda norteamericana, se cancelarán con la entrega de lo equivalente en bolívares, al tipo de cambio corriente en el lugar de fecha de pago.

Al respecto, es menester señalar que las sentencias de condena, como lo enseñó el maestro Couture, son “todas aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar, hacer, ya sea en sentido negativo (no hacer, abstenerse)” (Cfr. COUTURE, Eduardo, J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3° ed., Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 318). Así, la condena consiste en imponer al obligado el cumplimiento de

---

“No solo el pago extrajudicial de obligaciones, sino, con mayor razón, las condenas al pago de una obligación pecuniaria por parte de un tribunal venezolano, deben hacerse en bolívares, y la corrección monetaria a que hubiere a lugar, debe igualmente hacerse sobre la cantidad expresada en la única moneda de curso legal, siendo esto aún más claro, en un régimen de control de cambios como el actualmente vigente”

En nuestro criterio el voto salvado del Magistrado Delgado secunda básicamente el criterio sostenido por el Magistrado Carrasquero por lo que incurre en el mismo error de considerar que en Venezuela existe una única moneda de curso legal, el bolívar, no solo para las condenas judiciales al pago de una obligación pecuniaria sino para el pago extrajudicial de obligaciones. Consideramos acertada su afirmación en cuanto a que la corrección monetaria debe realizarse sobre la cantidad expresada en bolívares, por argumento *a fortiori* en el actual régimen de control de cambio.

la prestación, o en conminarle a que se abstenga de realizar los actos que se le prohíben, o en deshacer lo que haya realizado. Por consiguiente, en virtud del carácter sustitutivo de la jurisdicción que consiste en que el juez, actuando coactivamente a los fines de imponer la voluntad de la ley, ordena realizar los actos que debió haber realizado el obligado y, de este modo, asegurar la tutela específica de derechos e intereses, no puede, en ningún caso, subvertir el orden constitucional.

Ahora bien, cuando se condena al pago de una obligación pecuniaria, es decir, la obligación de pagar una suma de dinero, esta debe cumplirse mediante la entrega de la suma debida, tal y como lo dispone el artículo 1.737 del Código Civil. De esta manera, la condena del pago de una obligación pecuniaria, debe, necesariamente, corresponder a un medio de pago capaz de extinguir una obligación pecuniaria, el cual, según lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley del Banco Central de Venezuela, corresponde a las monedas y billetes acuñados o emitidos por el Instituto Emisor. En tal sentido, el mencionado precepto legal dispone que *“Las monedas y billetes emitidos por el Banco Central de Venezuela tendrán poder liberatorio sin limitación alguna en el pago de cualquier obligación pública o privada...”*.

Ello así, el dinero, es decir, la moneda de curso legal, sólo es el bolívar como unidad monetaria de la República, tal y como lo establece el artículo 318 de la Constitución *“La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar...”*. Lo dispuesto en el aludido precepto constitucional, en virtud del carácter normativo del Texto Fundamental, no debe entenderse como una mera declaración, por el contrario, ésta forma parte del conjunto de normas, principios y valores que conforman el orden constitucional socioeconómico consagrado en el Título VI de la Constitución que informan la ordenación de la economía, las cuales, como lo precisó García Pelayo, constituyen *“...las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico”* (Cfr. García Pelayo, M., *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*, Obras Completas, t. III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 2.857).

Así pues, en virtud de la consagración constitucional del bolívar como unidad monetaria de la República y, visto su carácter de moneda de curso legal, según lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley del Banco Central de Venezuela, resulta claro que sólo puede ser considerado como dinero, en sentido jurídico, a los billetes y monedas (bolívares) emitidos por el Banco Central de Venezuela, los cuales constituyen el único medio de pago capaz de extinguir una obligación pecuniaria. De este modo, el sistema monetario nacional está basado en el poder liberatorio de las obligaciones pecuniarias que la ley le confiere al bolívar, condición que le otorga el carácter de moneda de curso legal.

En consecuencia, el bolívar, como unidad monetaria de la República, es una abstracción jurídica, cuya función económica como medio de pago, mecanismo de atesoramiento del valor y unidad de medida del precio de intercambio de los bienes y servicios que están en el comercio, se encuentra determinada por la ley. En tal sentido, el bolívar, aunque tenga una expresión física (monedas y billetes), no puede ser concebido como un objeto.

Por el contrario, la moneda extranjera, al carecer de curso legal, característica definitoria para asignarle jurídicamente carácter dinerario, no tiene poder liberatorio de las obligaciones pecuniarias y, en consecuencia, no puede ser objeto de una deuda dineraria, en virtud de que su entrega no libera al deudor de la obligación sin el consentimiento del acreedor. Así pues, la moneda extranjera es una cosa, una mercadería, por lo que si ésta se entrega como prestación a cambio de otra cosa, tal contrato sería simplemente una permuta, en los términos previsto en el artículo 1.558 del Código Civil.

Así, cuando se pacta el pago en una moneda distinta al bolívar, no se está en presencia de una obligación pecuniaria, sino de una obligación de dar específicas cantidades de cosas. De ahí que el artículo 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela prevea que *“Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelarán, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de fecha de pago”*.

En este orden de ideas, resulta obvio que ni los particulares ni mucho menos los órganos jurisdiccionales, pueden, mediante convenciones o fallos judiciales que condenen al cumplimiento de tales obligaciones, relajar el orden económico constitucional al imponer la circulación de la moneda extranjera, y lo más grave aun, condenar en el dispositivo, o sea, producir una condenatoria en dólares, como si fuera la moneda de curso legal de la República Bolivariana de Venezuela.

Además, admitir la posibilidad de que un órgano jurisdiccional condene al pago de obligaciones pecuniarias expresadas en moneda extranjera, también constituiría un menoscabo a las competencias que el artículo 318 del Texto Fundamental confiere, de manera exclusiva, al Banco Central de Venezuela, para diseñar, aplicar y regular la política monetaria, ya que el vigente régimen de limitaciones y restricciones a la libre convertibilidad de la moneda, establecido por el Instituto Emisor y el Ejecutivo Nacional por la vía de los convenios cambiarios, fue instaurado a fin de lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria de la República, por lo que, tal régimen no puede ser subvertido por una decisión judicial que le confiera carácter dinerario a la moneda extranjera, como sucedió en el presente caso objeto de revisión.

Congruente con el anterior razonamiento, quien suscribe considera que esta Sala Constitucional, como supremo garante de la Constitución, a fin de evitar subvertir el orden constitucional, al sustituir el bolívar como unidad monetaria de la República, mediante condenatorias de pago en moneda extranjera de obligaciones pecuniarias, debió, no sólo revisar de oficio el fallo dictado, el 26 de abril de 2004, por la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia, sino que, además, debió establecer como doctrina de interpretación constitucional vinculante para todos los tribunales de la República, la prohibición de condenar al cumplimiento de obligaciones pecuniarias mediante el pago de divisas, aún en los casos en la cuales las partes hayan convenido el pago en moneda extranjera, ya que, para ser coherente con el Texto Fundamental, tal estipulación debe ser interpretada por los órganos jurisdiccionales como una simple cláusula de referencia a la moneda extranjera como unidad de cuenta destinada a establecer la cuantía de la obligación, la cual, necesariamente, será liquidable en moneda de curso legal, como lo establecen los artículos 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela y el artículo 1737 del Código Civil, precitados en este voto salvado.

Queda en estos términos expresado el criterio del Magistrado disidente.

Como podemos observar, en tal voto salvado se dice que:

(i) Los términos utilizados en el dispositivo del fallo del Juzgado Laboral de Primera Instancia presentan una grave incongruencia -relajando por vía judicial el orden económico constitucional, lo que implica un menoscabo a las competencias que el artículo 318 del Texto Fundamental confiere, de manera exclusiva, al Banco Central de Venezuela, para diseñar, aplicar y regular la política monetaria-, al ordenar la corrección monetaria sobre las cantidades condenadas y expresar que las mismas serán pagadas en dólares americanos, como si fuera la moneda de curso legal de la República Bolivariana de Venezuela, dado que en el convenio entre las partes, dicha moneda fue estipulada como moneda de pago; y, adicionalmente, se ordena que la cantidad condenada a pagar por los conceptos expresados en moneda norteamericana, se cancelarán con la entrega de lo equivalente en bolívares, al tipo de cambio corriente en el lugar de fecha de pago.

Sigue diciendo el voto salvado que cuando se condena al pago de una obligación pecuniaria, esto es, la obligación de pagar una suma de dinero, esta debe cumplirse mediante la entrega de la suma debida (Art. 1.737 del Código Civil). De esta manera, la condena del pago de una obligación pecuniaria, debe, necesariamente, corresponder a un medio de pago capaz de extinguir una obligación pecuniaria, el cual, según lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley del Banco Central de Venezuela, corresponde a las monedas y billetes acuñados o emitidos por el Instituto Emisor.

Ello así, el dinero, es decir, la moneda de curso legal, sólo es el bolívar como unidad monetaria de la República, tal y como lo establece el artículo 318 de la Constitución “*La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar...*”. Lo dispuesto en el aludido precepto constitucional, en virtud del carácter normativo del Texto Fundamental, no debe entenderse como una mera declaración, por el contrario, ésta forma parte del conjunto de normas, principios y valores que conforman el orden constitucional socioeconómico consagrado en el Título VI de la Constitución que informan la ordenación de la economía.

De las premisas anteriores resulta claro -conforme al voto salvado- que sólo puede ser considerado como dinero, en sentido jurídico, a los billetes y monedas (bolívares en su expresión física) emitidos por el Banco Central de Venezuela, los cuales como abstracción jurídica constituyen el único medio de pago capaz de extinguir una obligación pecuniaria, no pudiendo ser considerado el bolívar como un objeto. De este modo, el sistema monetario nacional está basado en el poder liberatorio de las obligaciones pecuniarias que la Lley le confiere al bolívar, condición que le otorga el carácter de moneda de curso legal.

(ii) Por el contrario, la moneda extranjera, al carecer de curso legal, característica definitoria para asignarle jurídicamente carácter dinerario, no tiene poder liberatorio de las obligaciones pecuniarias y, en consecuencia, no puede ser objeto de una deuda dineraria, en virtud de que su entrega no libera al deudor de la obligación sin el consentimiento del acreedor. Así pues, la moneda extranjera es una cosa, una mercadería, por lo que si ésta se entrega como prestación a cambio de otra cosa, tal contrato sería simplemente una permuta, una obligación de dar específicas cantidades de cosas (Art. 1.558 del Código Civil).

(iii) Termina pronunciándose el voto salvado *sub examine* en el sentido que la Sala Constitucional, a fin de evitar subvertir el orden constitucional al permitir sustituir el bolívar como unidad monetaria de la República, por medio de condenatorias de pago en moneda extranjera de obligaciones pecuniarias,

[...] debió, no sólo revisar de oficio el fallo dictado, el 26 de abril de 2004, por la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia, sino que, además, debió establecer como doctrina de interpretación constitucional vinculante para todos los tribunales de la República, la prohibición de condenar al cumplimiento de obligaciones pecuniarias mediante el pago de divisas, aún en los casos en la cuales las partes hayan convenido el pago en moneda extranjera [...].<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup>. La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n° 93 de 6 de febrero de 2001 (caso *Corporación de Turismo de Venezuela*), ratificada en fallo n° 2862 de 20 de noviembre de 2002, nos dice al respecto:

“Ahora bien, ¿cómo puede esta Sala ejercer esa potestad máxima de interpretación de la Constitución y unificar el criterio interpretativo de los preceptos constitucionales, si no posee mecanismos extraordinarios de revisión sobre todas las instancias del Poder Judicial incluyendo las demás Salas en aquellos casos que la interpretación de la Constitución no se adapte al criterio de esta Sala? Es definitivamente incongruente con la norma constitucional contenida en el artículo 335 antes citado que, habiendo otorgado la Constitución a esta Sala el carácter de máximo intérprete de los preceptos constitucionales en los términos antes señalados, y habiendo establecido el Texto Fundamental el carácter vinculante de tales decisiones, no pueda esta Sala de oficio o a solicitud de la parte afectada por una decisión de alguna otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia o de algún tribunal o juzgado de la República, revisar la sentencia que contrarie una interpretación de algún precepto constitucional previamente establecido o que según esta Sala erróneamente interprete la norma constitucional. De conformidad con lo anterior, sería inútil la función integradora y de mantenimiento de la coherencia o ausencia de contradicciones en los preceptos constitucionales ejercida por esta Sala, si ésta no poseyera la suficiente potestad para imponer el carácter vinculante de sus interpretaciones establecido expresamente en el artículo 335 de la Constitución o que no pudiera revisar sentencias donde es evidente y grotesca la errónea interpretación. (...)

En cuanto a la potestad de esta Sala para revisar de oficio las sentencias definitivamente firmes en los mismos términos expuestos en la presente decisión, esta Sala posee la potestad discrecional de

### III. NUESTRA APRECIACIÓN SOBRE EL VOTO SALVADO BAJO ANÁLISIS

Desde la teoría monetaria que es parte de la teoría económica general, el dinero es todo objeto que tenga aceptación general en pago de bienes, servicios y deudas, y que puede expresar el valor de todos los demás objetos que son pertinentes al campo económico. Pueden servir como dinero objetos diversos como: bienes físicos útiles (valores de uso) o simplemente papel impreso (por ejemplo, billetes de banco).<sup>4</sup> En el campo del derecho la calidad de dinero debe atribuirse a todos los bienes que, emitidos por la autoridad de la ley y denominados con referencia a una unidad de cuenta, deberán servir como medios universales de intercambio en el Estado emisor.<sup>5</sup>

Las funciones económicas del dinero son: (i) Medio de pago, es la primera de las funciones en la historia económica y continúa siéndolo hoy como unidad monetaria, lo cual implica que es la forma o medio de pagar el valor de los bienes en la economía, o sea para pagar el precio, dentro de una economía con un desarrollo suficiente para haber superado el trueque como medio de intercambio; (ii) Indicador de los precios, pues se trata de la medida de valor o unidad de cuenta que es una concepción abstracta que una sociedad determinada acepta como medio universal para medir el valor de todos los bienes en el comercio, esto es, de las contabilidades públicas y privadas, así como parámetro común del costo de adquisición de bienes y de servicios; (iii) Medio de atesoramiento o disponibilidad de poder adquisitivo

---

hacerlo siempre y cuando lo considere conveniente para el mantenimiento de una coherencia en la interpretación de la Constitución en todas las decisiones judiciales emanadas por los órganos de administración de justicia.” Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scon/Febrero/93-060201-00-1529%20.htm>

Finalmente, el fallo n° 489 de 14 de abril de 2005 confirma la jurisprudencia sobre la revisión de oficio: “A juicio de la Sala, las sentencias revisables, cualquiera sea la clase, son aquellas que decidan el juicio, y en su decisión directamente apliquen normas o principios constitucionales, o que a la situación fáctica reflejada en la sentencia, le apliquen un precepto constitucional incongruente en ella, u omitan dicha aplicación. Se trata de las sentencias que deciden o enervan definitivamente (en su trato) la pretensión del demandante, y no de autos, providencias o fallos interlocutorios que no tienen el efecto señalado.

Ante ello, observa la Sala que la competencia para conocer en revisión de una sentencia dictada por otro tribunal de la República, quedaría en principio delimitada con fundamento en el numeral 16 del artículo 5 de la Ley que rige las funciones de este Alto Tribunal, a los siguientes tipos de decisiones: -las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional, y -las sentencias de control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales de la República.

Sin embargo, la disposición constitucional estudiada (artículo 336.10) sigue teniendo supremacía sobre la tantas veces comentada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que los cuatro (4) supuestos que posee la Sala de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, como potestad para revisar sentencias en desarrollo del numeral 10 del artículo 336 de la Constitución y que se encuentran regulados en la sentencia del 6 de febrero de 2001 (Caso *Corporación de Turismo de Venezuela*), siguen vigentes y en dichos casos procederá la revisión de oficio o a instancia de parte. Así se decide.” Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/489-140405-04-0613.htm>

<sup>4</sup> D. F. Maza Zavala, *Fundamentos de economía*, los libros de El Nacional, Caracas 2002, p. 153. Según comenta este reconocido Maestro venezolano de las ciencias económicas, la historia del dinero comenzó con la forma de intercambio directa, vale decir, mercancía contra mercancía, sin intermediación de un tercer objeto, operación denominada comúnmente “trueque”. En este sentido, los pueblos más antiguos utilizaban como medio de cambio objetos tales como las pieles, perlas, pedazos de metal, conchas marinas; o semovientes (como el ganado, que da el nombre: *pecus, pecunia*). En la Venezuela precolombina, los indígenas utilizaban las perlas y la sal como moneda, y posteriormente, el oro y la plata, por sus características especiales. En la época moderna y en la contemporánea se usa más la forma de intercambio indirecta, en la que el intercambio se efectúa generalmente por vía de un objeto escogido como dinero (medio de cambio o de pago), verbigracia, la moneda-papel, que no tiene valor de uso; aceptándose también como medio de pago el cheque bancario y las tarjetas de crédito o débito (*Ibidem*, pp. 153-154).

<sup>5</sup> F. A. Mann, *El aspecto legal del dinero. Con referencia especial al derecho internacional privado y público*, (Tr. Eduardo L. Suárez), Fondo de Cultura Económica, México 1986, p. 32.

futuro, desde los tesoros enterrados hasta las inversiones monetarias en títulos con rendimientos financieros o intereses, o especulación en monedas extranjeras, pues el dinero permite que los agentes económicos conserven su poder de compra en el tiempo; (iv) Medida para el pago diferido del precio y de cualquier deuda en dinero, pues al diferir el pago del precio denomi- no el valor que me tienen que entregar en el futuro (tasa de interés) de la operación que se realice ahora, en dinero.<sup>6</sup>

Respecto de la moneda como medio de pago, el principio del “Curso legal” implica la circulación exclusiva de la moneda nacional y en consecuencia, la prohibición o el permiso en forma excepcional de monedas extranjeras en el territorio de un país. Se aplica tanto a moneda metálica como a billetes.

Sin embargo, en un alcance más técnico, se entiende la relación jurídica que se deriva de la moneda de un país como medio de pago o instrumento de extinción de las obligaciones, por lo que el curso legal de una moneda implica que el acreedor está obligado, por disposición legal, a recibirla de parte de su deudor cuando la entrega para el pago. Sólo con ella se extinguen válidamente las obligaciones, es el medio perfecto de pago. El curso legal se predica generalmente de la moneda nacional emitida por el Estado directamente o a través del Banco Central del mismo, o en ocasiones puede incluir monedas emitidas por otros Estados pero a las cuales se les ha reconocido esa función de pago, como en Panamá, con el Balboa y el dólar americano, y Argentina, con el nuevo peso y el dólar americano.<sup>7</sup> En Venezuela, se entiende por “Divisas” la “expresión monetaria en moneda metálica, billetes de bancos, cheques bancarios distinta del bolívar entendido éste como la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela” (Art. 2.1 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios).

Como una subcategoría del concepto de curso legal existe el concepto de “Curso forzoso”. Bajo el concepto de curso forzoso, todas las obligaciones contratadas en un país deben contratarse exclusivamente en moneda de curso legal y sólo pueden liberarse mediante el pago de la moneda de curso legal. El curso forzoso se establece cuando existen leyes que imponen controles de cambio estricto, siendo su sentido evitar que mediante la contratación de obligaciones con referencia a moneda extranjera pueda -de manera indirecta- burlar los efectos que se buscan bajo un sistema de control de cambio.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> J. Hicks, *The market theory of money*, Cambridge 1989, pp. 41 y 42. *Apud.* J. O. Rodner, “Concepto y evolución histórica del dinero”, en *El derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, U.C.A.B./Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez Abogados, Caracas 2003, pp. 328-333; N. R. Chacón, *Derecho monetario*, Librería Ediciones del Profesional -Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 2005, p. 48.

Además, según Chacón, las propiedades de la moneda son: (i) Portabilidad, cosas que se pueden llevar y entregar físicamente, sin dificultad; (ii) Durabilidad, bienes materiales que gozan de la permanencia en el tiempo y que no son afectados fácilmente por las condiciones atmosféricas; (iii) Divisibilidad, con el fin de solucionar obligaciones de diferentes montos, el dinero debe ser fraccionable bien sea mediante el expediente de cortar en partes una unidad, o bien a través de elementos con un valor inferior a la unidad; (iv) Uniformidad, pues la comunidad, la sociedad o las naciones que utilizan determinados bienes como dinero requieren que los mismos tengan una similitud en su contenido, peso, calidad, valor asignado; (v) Reconocimiento, sus características físicas deben implicar una aceptación incondicional del bien dado como dinero de manera inmediata. *Idem.*

<sup>7</sup> *Ibidem.* p. 54.

<sup>8</sup> J. O. Rodner, *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Editorial Arte, Caracas 1995, p. 215. Por “curso forzoso” se entiende la relación existente entre el emisor del billete y su tenedor. Hasta comienzos del siglo XX los billetes emitidos por los bancos comerciales eran una especie de documentos de deuda representativos de la moneda consistente en piezas de oro o plata, en el que el banco emisor se comprometía a cambiar los billetes por las monedas de oro o de plata que constituían el sistema monetario del país en que operaban. De acuerdo con lo anterior, el billete es “convertible” cuando el tenedor está facultado por las disposiciones legales para solicitar del emisor su cambio por monedas en oro o en plata o en lingotes de uno u otro metal, según el sistema monetario metálico del

Por lo tanto, el curso del dinero puede ser legal y forzoso. Es legal cuando una moneda goza de la sanción estatal, vale decir, cuando se encuentra establecida como medio de pago. Es forzoso cuando una moneda, en virtud de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, goza en una comunidad del carácter de ser instrumento de cambio o de pago, y como tal debe ser utilizada y aceptada necesariamente.<sup>9</sup>

En Venezuela, como regla general y dejando a un lado el coyuntural sistema de control de cambio vigente, se consagra como regla general -al contrario de lo sostenido por el Magistrado Carrasquero, quien parece confundir ambos conceptos- el curso legal pero no el curso forzoso, por lo cual las partes pueden estipular modos especiales de pago diferentes al pago con moneda de curso legal. Así, se puede estipular el pago de obligaciones pecuniarias en moneda extranjera.<sup>10</sup>

Por consagrarse el curso legal, las obligaciones de dinero se pagan mediante la entrega de dinero de curso legal, salvo que exista un convenio en contrario. Igualmente, sirve como medio de pago de obligaciones de dinero la entrega de cheques de gerencia emitidos por bancos comerciales en Venezuela o de cheques personales, aunque la obligación no se extingue hasta que el monto del mismo se haya acreditado a la cuenta del acreedor.<sup>11</sup>

Basamos esta apreciación en que:

A) Si bien “La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar” (Arts. 318 de la Constitución y 94 de la Ley del Banco Central de Venezuela): (i) “Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las

---

país, pues es sólo representativo de la moneda. En cambio es “convertible” en el caso contrario, ya que el billete es la moneda en sí mismo, y como tal es emitido y circula, sin referencia a una moneda metálica. Cf. N. R. Chacón, *ob. cit.*, p. 55.

<sup>9</sup>. L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho civil*. Vol. II, 4º ed., Tecnos, Madrid 1983, p. 196. *Apud.* J. Mosset Iturraspe, y R. L. Lorenzetti, *Derecho monetario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Argentina 1989, p. 53.

<sup>10</sup>. La obligación en moneda extranjera en Venezuela es toda obligación de pagar una suma de dinero distinta al bolívar venezolano o, más universalmente, la obligación pecuniaria cuyo objeto esta denominado en una moneda distinta a la moneda de curso legal del domicilio del deudor. Cf. J. O. Rodner, *Las obligaciones en moneda extranjera (El régimen de cambio en Venezuela)*, Editorial Sucre, Caracas 1983, p. 27.

Los billetes y monedas de curso legal son libremente convertibles a la vista y al portador en letras o giros a la vista sobre fondos depositados en bancos de primera clase en el exterior, denominados en moneda extranjera (divisas), de las cuales se puede disponer libremente (sistema puro de cambio). No obstante, el Banco Central de Venezuela, previo acuerdo con el gobierno, podría restringir la convertibilidad (control de cambio) regulando el comercio de oro en cualquier forma y el de divisas, en circunstancias que lo justifiquen. Cf. D. F. Maza Zavala, *ob. cit.*, pp. 162-163.

Un control de cambio incluye toda restricción al monto de divisas extranjeras que puede adquirir un particular, como el caso del control cuantitativo de las divisas de viajeros, o que implique un control cualitativo al acceso del mercado de divisas, como es el caso de un sistema que opere con libertad para la compra de divisas, siempre que éstas sean para el pago de importaciones, pero que limite en forma absoluta las divisas para remesas de capital, o para turismo. Cf. J. O. Rodner, *ob. cit.*, p. 181.

El control de cambios pretende sustituir el régimen de libertad de cambios y pagos por otro en el que cada uno de los actos que pudieran entrañar un pago al extranjero o un cambio de moneda nacional por moneda extranjera -en su más amplia acepción- es fiscalizado por un organismo administrativo al que se han conferido facultades decisorias, con repercusiones tanto en el campo del Derecho público como en el Derecho privado. Cf. A. Rodríguez Sastre, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina del “clean hands”*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1968, p. 44. Es lo que consideramos se pretende establecer con la Ley contra los Ilícitos Cambiarios (publicada en *Gaceta Oficial* n° 38.272 de 14 de septiembre de 2005).

<sup>11</sup>. J. O. Rodner, *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Editorial Arte, Caracas 1995, p. 151.

reservas internacionales, y *todas aquellas que establezca la ley*” (Art. 318 de la Constitución)<sup>12</sup>, por lo que puede tener otras funciones previstas en la Ley que le permita aceptar disposiciones especiales en contrario o el derecho de estipular modos especiales de pago y convenciones especiales.

Así, “*Las monedas y billetes emitidos por el Banco Central de Venezuela tendrán poder liberatorio sin limitación alguna en el pago de cualquier obligación pública o privada, sin perjuicio de disposiciones especiales, de las leyes que prescriban pago de impuestos, contribuciones u obligaciones en determinada forma y del derecho de estipular modos especiales de pago*” (Art. 104 de la Ley del Banco Central de Venezuela); y por otra parte, “*Los pagos estipulados en monedas extranjeras<sup>13</sup> se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago*” (Art. 115 *eiusdem*) (Resaltado nuestro).

B) Si se admite, conforme a la teoría estatista de la moneda, que el Estado regula los medios de pago<sup>14</sup>, podría legítimamente en función de razones de interés público prohibir la moneda extranjera, pero mientras no lo haga, su uso es legítimo.<sup>15</sup> En tal sentido, fuera de la Ley Orgánica del Trabajo la cual, siendo sus disposiciones de orden público (Art. 10) y sólo exigiendo que “El salario deberá pagarse en dinero efectivo (...)” (Art. 147), sanciona al patrono que no pague a sus trabajadores en moneda de curso legal (Art. 627) y no permite el pago en otro signo representativo con que quiera sustituirse la moneda (Art. 147); y salvo disposiciones especiales que prohíben pactar casos especiales en moneda extranjera, como la Ley especial de protección al deudor hipotecario de vivienda (publicada en *Gaceta Oficial* n° 38.098 del 3-1-05), u otras que prohíben obligaciones pecuniarias en moneda extranjera

<sup>12</sup>. En el sistema monetario y bancario contemporáneo, esto es, luego de 1940 año de creación del Banco Central de Venezuela, la facultad exclusiva de acuñar y poner en circulación monedas metálicas, así como la de emitir billetes, la tiene el Banco Central. Anteriormente, los bancos comerciales estaban autorizados para emitir billetes, con respaldo de oro y divisas convertibles.

El Banco Central de Venezuela puede acuñar y poner en circulación monedas metálicas, así como emitir billetes, mediante operaciones de compra de oro; compra de divisas extranjeras; mediante descuento, redescuento, reparto y anticipos, dentro de las limitaciones establecidas por la Ley; y por vía de la realización de gastos ordinarios de administración.

En sentido contrario, el Banco Central de Venezuela puede admitir sus propios billetes contra: venta de oro y divisas extranjeras, cancelación de documentos de crédito, venta de valores. En lugar de los billetes, el instituto emisor abre cuentas de depósito a favor de la banca, del gobierno, de otras instituciones financieras, de empresas del Estado (PDVSA, Bandes, etc.) y, en supuestos especiales, de entidades extranjeras y particulares. Cf. D. F. Maza Zavala, *ob. cit.*, p. 162.

<sup>13</sup>. La obligación en moneda extranjera en Venezuela es toda obligación de pagar una suma de dinero distinta al bolívar venezolano o, más universalmente, la obligación pecuniaria cuyo objeto está denominado en una moneda distinta a la moneda de curso legal del domicilio del deudor. Cf. J. O. Rodner, *Las obligaciones en moneda extranjera (El régimen de cambio en Venezuela)*, Editorial Sucre, Caracas 1983, p. 27.

Pero pueden haber obligaciones que sean pagaderas en moneda extranjera y que no rebasen el ámbito nacional, al ser contraídas por ciudadanos de un mismo Estado, y las obligaciones monetarias internacionales en las que una o varias personas que conciertan el pago en moneda extranjera pertenecen a nacionalidad distinta y su moneda no le es común. Cf. A. Rodríguez Sastre, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>14</sup>. La teoría estatista o constitucionalista del dinero, opuesta a la teoría societaria del dinero -en la que la actitud de la sociedad y no del Estado es fundamental en el fenómeno del dinero- resulta la consecuencia necesaria del poder soberano o el monopolio del circulante que el Estado ha logrado asumir durante un largo periodo de la historia y que de manera casi invariable consagra el derecho constitucional moderno, por lo que permitir la circulación de dinero no creado o por lo menos autorizado por el estado equivaldría a una negación de la prerrogativa monetaria del Estado. Tiene esta teoría dos aspectos: en primer lugar, los medios de cambio circulantes solo constituyen dinero, en los términos legales, si se crean por la autoridad del Estado o de otra autoridad suprema que ejerza temporalmente o *de facto* el poder soberano del Estado; en segundo lugar, el dinero solo puede perder legalmente su carácter en razón de una desmonetización formal. Cf. F. A. Mann, *ob. cit.*, pp. 39-46.

<sup>15</sup>. J. Mosset Iturraspe, y R. L. Lorenzetti, *ob. cit.*, pp. 342-343.

cuando medie fraude a la Ley<sup>16</sup>, nuestra Constitución de 1999 ni la legislación prohíbe de manera expresa la celebración y pago de obligaciones en moneda extranjera cuando ello sea acordado expresamente, e incluso nuestra legislación mercantil prevé en materia de letra de cambio la “cláusula de pago efectivo en una moneda extranjera”<sup>17</sup>, y en materia de trabajo en la navegación marítima, lacustre y fluvial se prevé el pago del salario en el equivalente en moneda extranjera.<sup>18</sup>

De hecho, el principio nominalista, referente al monto de la obligación, obviamente no afecta la posibilidad de una promesa de pago en moneda extranjera, ni una estipulación de pagar en moneda extranjera tampoco resulta irreconciliable en modo alguno con la legislación ordinaria del circulante legal. La legislación expresa -prohibiendo la aceptación de obligaciones expresadas en una moneda extranjera e incluso imponiendo una conversión forzosa de las obligaciones en dinero extranjero a la moneda nacional- es el único método disponible para la invalidación de estipulaciones que estatuyan el pago en una moneda extranjera, la cual comúnmente trata de proteger contra las fluctuaciones de la moneda nacional.<sup>19</sup>

C) El Art. 1737 del Código Civil, traído a colación por el Magistrado Carrasquero para argumentar a favor de su tesis, no se refiere al supuesto de la condena al pago de una suma de dinero, sino cuando se produce el préstamo contractual de una cantidad de dinero, un mutuo, que es un caso específico, pero sin embargo se acepta extender a toda obligación de pagar una suma de dinero, aun cuando la obligación no nazca de un contrato de préstamo, como en el caso de las obligaciones de pagar el sueldo en el contrato de trabajo.<sup>20</sup>

Pero cabe acotar que el Art. 1737 no consagra un principio de orden público y su sentido es el de sustituir un silencio en el contrato, por lo que las partes en un contrato pueden regular las obligaciones de pagar dinero con principios diversos al principio nominalístico previsto en el Código civil.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Como por ejemplo, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 prevé: “Artículo 87. Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguna las cláusulas o estipulaciones contractuales que: (...)

8) Fijen el dólar de los Estados Unidos de América o cualquier otra moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social. En estos casos se efectuará la conversión de la moneda extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato.”

<sup>17</sup> Código de Comercio, Artículo 449: “Siempre que se estipule que una letra de cambio ha de ser pagada en una clase de moneda que no tenga curso en el lugar del pago, la cantidad de la misma puede ser pagada, teniendo en cuenta su valor el día en que el pago sea exigido, en la moneda del país, a menos que el librador haya estipulado que el pago deberá realizarse en la moneda indicada “cláusula de pago efectivo en una moneda extranjera”. Los usos del lugar del pago serán tenidos en cuenta para determinar el valor de la moneda extranjera. Sin embargo, el librador puede estipular que la suma que se le ha de pagar se calcule teniendo en cuenta el tipo determinado en la letra, o sea el fijado por un endosante; en este caso, dicha suma deberá ser pagada en la moneda del país. Si el valor de la letra de cambio está indicado en una clase de moneda que tenga la misma denominación, pero un valor diferente, en el país de la emisión de la letra y en el país del pago, se presumirá que se ha hecho referencia a la moneda del lugar del pago”.

<sup>18</sup> Ley Orgánica del Trabajo, Artículo 338. “Cuando el buque se encuentre en puerto extranjero, el trabajador podrá elegir que el salario le sea pagado en el equivalente en moneda extranjera, al tipo de cambio que rija para la fecha de pago.”

<sup>19</sup> F. A. Mann, *ob. cit.*, pp. 237-239.

<sup>20</sup> J. O. Rodner, *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Editorial Arte, Caracas 1995, p. 147. En similar sentido, el Código de Comercio, refiriéndose al seguro marítimo, establece “La estimación hecha en moneda extranjera se reducirá a moneda de la República, conforme al curso del cambio, en el día en que se hubiere firmado la póliza” (Art. 815).

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 148.

D) Por otra parte, el voto salvado del Magistrado Carrasquero se basa en el sentido clásico de la obligación pecuniaria, entendida en su sentido técnico como toda obligación donde el objeto del deber jurídico del deudor desde el momento de su nacimiento está concentrado en una cantidad de múltiplos o submúltiplos de una unidad monetaria<sup>22</sup>, vale decir, la obligación de entregar una determinada suma de dinero (bolívar, yen, euro, dólar), la cual cumple el deudor entregando precisamente la cantidad de dinero (en su sentido jurídico) equivalente a la suma debida; por lo que la cantidad de dinero debe ser idéntica en monto y en calidad. En cuanto al pago extrajudicial de obligaciones pecuniarias olvida la concepción nueva de la obligación pecuniaria que es aquella por la cual, no necesariamente se produce la entrega física de las especies debidas (moneda de curso), sino que el deudor se obliga a transferir al acreedor un valor representativo de determinadas unidades de dinero disponible, idéntico cuantitativamente al monto al cual se ha obligado. Constituye por tanto un valor representativo de dinero, de un monto de moneda de curso legal así como un crédito a la vista libremente disponible en un banco comercial o universal, del cual pueda disponer el acreedor inmediatamente.<sup>23</sup>

De modo pues que la tesis del carácter real del pago sostenida en el voto salvado resulta ensombrecida cuando nos percatamos que tanto el dinero bancario -dinero que los bancos crean a través de debitos y créditos en sus cuentas a través de distintos tenedores- como el dinero estatal o de curso legal -monedas de curso legal y aquellos medios de pago que el Banco Central pone a la disposición del público, incluyendo los billetes- constituyen dinero<sup>24</sup>; y si se considera la frecuencia que en la economía moderna, a pesar de que en principio el acreedor no está obligado a aceptar esta forma de pago, asume el denominado “pago escritural”, vale decir, el pago no se hace con la entrega de la suma debida, sino que descansa en la confianza en las instituciones financieras (cheques, transferencias bancarias, tarjetas de crédito, sistemas electrónicos, etc.), razón por la cual se ha sostenido que el pago opera mediante una cesión de crédito o una dación en pago.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup>. G. Kummerow, *La ley sobre unificación de las obligaciones civiles y mercantiles*, Caracas 1968, p. 31. *Apud.* J. O. Rodner, *Las obligaciones en moneda extranjera (El régimen de cambio en Venezuela)*, Editorial Sucre, Caracas 1983, p. 28.

<sup>23</sup>. J. O. Rodner, *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Editorial Arte, Caracas 1995, pp. 193-194.

<sup>24</sup>. J. O. Rodner, “Concepto y evolución histórica del dinero”, en *El derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, UCAB./Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez Abogados, Caracas 2003, p. 337.

<sup>25</sup>. J. Mélich Orsini, *El pago*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000, p. 77.



# ÍNDICE



## ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

### -A-

- Acción de Amparo. 234
    - Admisibilidad. Consentimiento expreso. 235
    - Objeto. Ejecución de actos administrativos. 237
    - Órganos. Tribunal Supremo de Justicia. 234
    - Sentencia. Consulta obligatoria. 238
  - Acción de Inconstitucionalidad. Emplazamiento de los interesados. 230
  - Acción de Inconstitucionalidad. 230
  - Administración descentralizada. Gremios profesionales. 156
  - Administración Pública Nacional. 153
    - Fuerza Armada Nacional. 153
    - Principios fundamentales. 153
    - Sanciones disciplinarias. 155
- ### -C-
- Constitución. Interpretación. 88
  - Contencioso administrativo. 208
    - Admisibilidad. 210
    - Cartel de emplazamiento. 211
    - Lapso de caducidad. 210
    - Legitimación activa. 208
    - Pruebas. Hecho notorio comunicacional. 214
  - Contencioso Administrativo de Interpretación. 216
  - Contencioso Administrativo de las Demandas contra los Entes Públicos. Admisibilidad. 218
  - Contencioso Administrativo Electoral. 228
    - Objeto. Actos administrativos electorales. 228
  - Contencioso Administrativo Funcionarial. Competencia. 220
  - Contencioso Administrativo Tributario. 222
    - Desistimiento. 225
    - Perención. 227
    - Sentencia. Notificación a la Procuraduría General de la República. 222
  - Contratos Administrativos. 207
  - Control de la Constitucionalidad. 229

### -D-

- Defensa. Derecho. 116
- Derecho a la Defensa. Lapsos procesales. 116
- Derecho a la Doble Instancia. Garantías del debido proceso. 120
- Derecho a la Participación Política. Derechos de los Pueblos Indígenas. 137
- Derecho al Sufragio. 146
  - Limitaciones admisibles. 146
  - Sistema de escrutinio. 149
  - Votación directa, personal secreta y uninominal. 147
- Derecho de Petición y a la Oportuna Respuesta. 123
- Derechos Constitucionales. Limitabilidad. 106
- Derechos de los Niños y Adolescentes. Autorización para viajar. 130
- Derechos de los Pueblos Indígenas. Derecho a la participación política. 137
- Derechos Económicos. Libertad Económica. 167
- Derechos Individuales. 123
- Derechos Políticos. 143
- Derechos Políticos. Derechos de los miembros de la Fuerza Armada Nacional. 143
- Derechos Sociales y de las Familias. 124
  - Derechos de los Niños y Adolescentes. Autorización para viajar. 130
  - Protección del matrimonio y las uniones estables de hecho. 124
- Directivos Sindicales. Condiciones de inelegibilidad. 151

### -F-

- Fuerza Armada Nacional. Derechos. 143
- Funcionarios Públicos. 239
  - Clases de Funcionarios. 239
  - Responsabilidad disciplinaria. 245
- Funcionarios de Carrera. Derechos. Estabilidad. 239
- Funcionarios de libre nombramiento y remoción. Cargos de alto nivel y de Confianza. 242

## -G-

Garantías Constitucionales. 107  
Garantía de acceso a la justicia. 109  
Garantía de igualdad ante la Ley. Principio de igualdad. 107  
Garantías del debido proceso. 116  
- Derecho a la Defensa. Lapsos procesales. 116  
- Derecho a la doble instancia. 120

## -I-

Impuestos Municipales. Impuesto sobre Actividades Económicas. 197  
Intereses Moratorios. Obligación tributaria. 187  
Impuestos Nacionales. 190  
- Impuesto al valor agregado. 192  
- Impuesto sobre la renta. Exoneraciones. 190

## -J-

Jueces. Procedimiento disciplinario. 162

## -M-

Municipios. 164  
Municipios. Privilegios y prerrogativas del Fisco Nacional. 164

## -O-

Obligación Tributaria. 187  
Obligación Tributaria. Incumplimiento. Intereses Moratorios. 187  
Ordenamiento Jurídico. 88  
Ordenamiento Tributario del Estado. 187

## -P-

Poder Ejecutivo. 153  
Poder Judicial. 159  
Poder Municipal. 164  
Poder Público Nacional. Régimen. 153  
Potestad Sancionatoria. 203  
Principio de igualdad. 107  
Principio de Legalidad. 203  
Principio del *non bis in idem*. 205  
Procedimiento administrativo. Potestad de Autotutela. 201  
Propiedad. Régimen urbanístico. 171  
Protección del matrimonio y las uniones estables de hecho. 124

## -R-

Recurso de Revisión Constitucional. 232  
Régimen Constitucional. Reserva legal. 101  
Régimen de los Jueces: Procedimiento disciplinario. 162  
Régimen urbanístico de la propiedad. 171  
Responsabilidad patrimonial del Estado. 88

## -T-

Tribunal Supremo de Justicia. 159  
- Sala Plena. Atribuciones. 159  
- Sala Político Administrativa. 160